

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

YSNÉIA ALVES SOUZA

A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL FRENTE À INSTITUIÇÃO DO SISTEMA DE
PRECEDENTES NO BRASIL

SANTA RITA-PB

2017

YSNÉIA ALVES SOUZA

A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL FRENTE À INSTITUIÇÃO DO SISTEMA DE
PRECEDENTES NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba,
como exigência parcial da obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Ronaldo Alencar

SANTA RITA

2017

Souza, Ysnéia Alves.

S719i A independência judicial frente à instituição do Sistema de Precedentes
no Brasil / Ysnéia Alves Souza – Santa Rita, 2017.
74f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba.
Departamento de Ciências Jurídicas, Santa Rita, 2017.
Orientador: Prof^o. Dr. Ronaldo Alencar dos Santos.

1. Precedente Judicial. 2. Independência Judicial. 3. *Distinguishing*.
I. Santos, Ronaldo Alencar dos. II. Título.

BSDCJ/UFPB

CDU – 347.91

YSNÉIA ALVES SOUZA

A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL FRENTE À INSTITUIÇÃO DO SISTEMA DE
PRECEDENTES NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal da Paraíba, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Ronaldo Alencar

Data da aprovação: 08/11/2017

Banca Examinadora

Prof. Dr. Ronaldo Alencar
(Orientador)

José Neto
(Avaliador)

Lourenço Miranda
(Avaliador)

AGRADECIMENTOS

Deus é bom o tempo todo, e o tempo todo Deus é bom!

Aos meus pais Pedro e Francisca por me proporcionarem o melhor dos sentimentos, o amor, que me sustenta em toda a caminhada dos longos seis anos de formação acadêmica a milhas e milhas distante.

As minhas irmãs Ystêfany e Ysmênia que são os meus exemplos de caráter e determinação, por muitas vezes foram ensinamentos necessário para me desenvolver como pessoa íntegra e conseqüentemente como acadêmica e agora profissional. Ao meu cunhado Emerson que sempre esteve do meu lado e ao meu sobrinho Luís Guilherme que é o meu motivo pra sorrir.

A minha pessoa no mundo, Isteh.

A minha segunda mãe Damiana que sempre me protegeu.

Aos anjos que passaram na minha vida na forma de amigos, cada qual com suas particularidades foram fundamentais para que eu pudesse suportar a distância da minha família, foram também a minha família em outro Estado. Ao meu amigo Lúcio Cláudio, companheiro de faculdade que está hoje na companhia de Deus, exemplo de honra, e que em tão pouco tempo me ensinou que sim, existem pessoas de coração bom e puro no mundo, nunca o esquecerei.

A todo o aprendizado que adquiri pelos estágios que realizei, todas aos profissionais que me deram a oportunidade de aprender com eles da melhor maneira possível, em especial a Dra. Paula Amorim com quem confirmei a minha admiração pelo Ministério Público e aos Profissionais do Tribunal Regional do Trabalho 13º região 7ª vara, que me proporcionaram a melhor experiência de aprendizado profissional no meu percurso universitário.

Ao meu orientador Ronaldo Alencar que exerceu bem mais que sua função de indicar o melhor caminho no desenvolvimento do presente trabalho, me compreendeu pelas fases difíceis que passa um acadêmico no final da graduação, me mantendo calma sempre que preciso, Deus o abençoe imensamente e o mantenha sendo o melhor orientador que um estudante pode ter.

A todas as pessoas que me ajudaram na realização desse trabalho direta ou indiretamente, eu serei eternamente grata.

RESUMO

O sistema de precedentes foi normatizado no Brasil no código processo civil de 2015. Parte da doutrina encontra óbice a independência judicial frente a normatização dos precedentes obrigatórios. O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar a possibilidade do exercício da independência judicial com o modelo de precedentes do *stare decisis*. Para tanto trata inicialmente da quebra de paradigmas no direito brasileiro que deu abertura para a regulamentação do sistema de precedentes. Em um segundo momento cuida da recepção do direito americano nas Constituições e no direito brasileiro, bem como dos principais conceitos utilizados no *common law* e importado pelo sistema de precedentes no Brasil. Busca também entender as concepções sobre a independência judicial no país e enfrenta a problemática da impossibilidade de interpretação dos tribunais e juízes inferiores pelo advento dos precedentes vinculantes externando que o *distinguishing* enseja a possibilidade de interpretação na aplicação dos precedentes. Ademais elenca que o modelo de precedentes instituído no novo código processo civil precisa ser repensado, pois não reflete o verdadeiro sentido do *stare decisis*. Por meio do método qualitativo, buscou compreender dados descritivos em torno da utilização do instituto no Brasil realizando uma pesquisa descritiva com fulcro na análise de conhecimentos dos precedentes e os procedimentos técnicos de investigação foram feitos por pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras Chave: Precedente judicial. Independência judicial. *Distinguishing*.

ABSTRACT

The system of precedents was standardized in Brazil in the Civil Procedure Code of 2015. Part of the doctrine finds an obstacle to judicial independence from the normalization of mandatory precedents. The present work has the objective of demonstrating the possibility of survival of judicial independence with the precedent model of stare decisis. For this it deals initially of the breaking of paradigms in the Brazilian law that gave opening to the regulation of the system of precedents. In a second moment it takes care of the reception of the American law in the Constitutions and in the Brazilian law, as well as the main concepts used in common law and imported by the system of precedents in Brazil. It also seeks to understand the conceptions about judicial independence in the country, and faces the problem of the impossibility of interpretation of the courts and lower judges by the advent of binding precedents externalizing that the distinguishing it causes the possibility of interpretation in the application of precedents. In addition, it specifies that the precedent model established in the new civil process code must be rethought, because it does not reflect the true meaning of the stare decisis. By means of the qualitative method, sought to understand descriptive data about the use of the institute in Brazil realizing a descriptive research with fulcrum in the analysis of knowledge of the precedents and the technical procedures of investigation were done by bibliographical and documentary research.

Keywords: Judicial precedent. Judicial Independence. Distinctive.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 JURISDIÇÃO E ESTADO: AS ORIGENS DA RELAÇÃO	11
2.1 O DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO	14
2.2 JURISDIÇÃO E NEOCONSTITUCIONALISMO.....	16
2.3 O JUDICIÁRIO E SUA FUNÇÃO POLÍTICA	19
3 A RECEPÇÃO DO <i>COMMON LAW</i>	28
3.1 OS INSTITUTOS DO <i>COMMON LAW</i>	33
3.2 CLASSIFICAÇÕES DOS PRECEDENTES NO SISTEMA BRASILEIRO	39
3.3 DISTINÇÕES DE INSTITUTOS DO <i>COMMON LAW</i>	41
4 A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E O SISTEMA DE PRECEDENTES	45
4.1 A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL EM XEQUE?	48
4.2 O <i>DISTINGUISHING</i> COMO ATIVIDADE INTERPRETATIVA	59
4.3 OS PRECEDENTES COMO “POSTO” NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	61
5 CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

1 INTRODUÇÃO

A jurisdição brasileira se encontra segmentada, nos encontramos na “era das decisões lotéricas”, demandas iguais com respostas jurídicas distintas nos mesmos contextos fáticos, sociais, culturais e históricos acarretando descrença no poder judiciário e a impressão que essas respostas estão ao bel prazer da sorte das partes. Sobretudo parece proporcional a quantidade de interpretações para o mesmo direito a quantidade de julgadores que temos no Brasil.

Nesse cenário a doutrina brasileira e os tribunais passaram a reivindicar a sistematização dos precedentes vinculantes no Brasil com as mesmas bases do *stare decisis* do *common law*. A doutrina defensora dos precedentes no Brasil tem como principal fulcro a garantia da segurança jurídica a previsibilidade e a igualdade da tutela jurídica nas decisões judiciais, bem como a coerência do sistema judicial, levando em consideração a obrigatoriedade dos juízes a respeitar suas próprias decisões e adotar a interpretação constitucional e infraconstitucional realizada pelos tribunais superiores na organização judiciária.

Em contrassenso, outra parte da doutrina brasileira se põe contrária a instituição de um sistema vinculante dos precedentes, alegando que afetaria a independência dos julgadores em decidir baseado na sua própria convicção pessoal e no livre convencimento motivado como sistema de provas e corolário dessa independência.

Este trabalho situa-se sob a seguinte problematização: O sistema de precedentes poderia representar uma ameaça à independência de julgamento dos magistrados de tribunais inferiores ou de juízes de primeiro grau? Pretende-se investigar se a aplicação dos precedentes no sistema brasileiro é possivelmente conciliável com a independência judicial imprescindível a atividade jurisdicional e, ademais, buscar-se-á entender o real motivo desse fenômeno de fragmentação decisório e a possível solução com base na utilização do sistema de precedentes.

É imperioso ressaltar que o efeito vinculante dos precedentes vem sendo discutido no direito brasileiro há muitos anos, mesmo que os precedentes tenham sido de fato regulamentados no atual código de processo civil. A própria criação da súmula vinculante pela Emenda Constitucional 45/2004 fomentou as discussões a cerca da legitimidade das cortes superiores em dar interpretação a lei e a constituição de maneira que os tribunais e demais juízes fossem obrigados a seguir o mesmo entendimento.

Nesse cenário o presente trabalho enfrenta a difícil tarefa confrontar os argumentos contrários para conforma os precedentes a independência judicial. Ainda, a partir das análises doutrinárias, pretende-se elencar, em que essa contrariedade se encontra fundamentada.

Utilizar-se-á o método dedutivo de abordagem. O referencial teórico da pesquisa foi desenvolvido a partir da leitura doutrinária, artigos científicos, colunas jurídicas, teses dissertações e a legislação brasileira, em especial a constituição e o código de processo civil. Também da análise do direito comparado, quando for oportuno.

Inicialmente desenvolvem-se as bases que fomentaram a possibilidade de criação formal do sistema de precedentes no Brasil. As mudanças paradigmáticas nas bases do direito no mundo e a influência delas no direito brasileiro que possibilitaram a aproximação do *civil law* com o *commom law*. Dentre essas mudanças podemos destaca-se a falência do positivismo jurídico nos moldes liberais, a constitucionalização dos direitos, a politização do judiciário, a crescente democratização da jurisdição, dentre outras que será desenvolvidas no decorrer do presente trabalho.

Ainda, serão explanadas as concepções dos doutrinadores que encontram no sistema de precedentes vinculantes uma saída para o problema das interpretações e decisões judiciais discrepantes no sistema judiciário que acarretam insegurança jurídica e incoerência do sistema judicial.

Posteriormente, demonstrar-se-á a recepção do direito americano nas constituições brasileiras, bem como a hibridez do nosso direito pela também recepção de influências da tradição romano-germânica no direito infraconstitucional, em especial do direito processual. As consequências que essa hibridez do direito brasileiro acarretou, tendo uma ordem jurídica formada pela conformação constitucional, mas que permitia que o direito processual do código de 1973 ainda estivesse preocupado em muito na aplicação pura da lei.

Em seguida, serão apresentadas as conceituações necessárias a compreensão da discussão travada no terceiro capítulo do presente trabalho, quais sejam: *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling*, *overriding*, *antecipatory overruling*. Ainda, sobre as classificações e as distinções entre esses institutos no Brasil, os precedentes persuasivos, obrigatórios, dentre outros.

O terceiro capítulo, inicialmente se preocupa em demonstrar a legitimidade das cortes superiores na criação dos precedentes obrigatórios. Ainda, que essas cortes estão legitimadas pelos próprios preceitos constitucionais como responsáveis pela atribuição de interpretação constitucional e infraconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Na segunda parte do terceiro capítulo desenvolvido precipuamente a partir da conceituação e da classificação da independência judicial em interna, externa e psicológica, bem como da desmistificação do verdadeiro sentido do sistema de provas do livre convencimento motivado.

Discutiu-se também a possibilidade de realização de interpretação judicial no sistema de precedentes por meio do *distinguishing*, instituto que possibilita a distinção do precedente com o caso em concreto em julgamento.

Também, a tentativa de demonstrar que mesmo o presente trabalho sendo de total acordo com a criação de um sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro, os motivos pelos quais a regulamentação nos moldes do código de processo civil de 2015 se encontra equivocada em alguns aspectos.

Por fim, que a importação de todo um sistema que modificará a estruturação do direito brasileiro precisa ser mais profundamente regulamentado.

Os objetivos da pesquisa são demonstrar se há possibilidade do exercício da independência judicial no modelo de precedentes do *stare decisis*, também de esclarecer as teorias acerca do sistema de precedentes, investigando se a devida aplicação dos mesmos contribui para a realização da efetivação da tutela jurisdicional por meio da segurança jurídica, da previsibilidade, da coerência do sistema e da isonomia das decisões.

Para a realização do presente trabalho monográfico utilizou-se de uma pesquisa descritiva com fulcro na análise de conhecimento dos precedentes, como foi constituído no outros países e no Brasil, as características e os processos que dele decorre e os quais ele compõe. E os procedimentos técnicos de investigação foram realizados por pesquisa bibliográfica e documental. Para tanto, utilizou-se das teorias desenvolvidas por Luiz Guilherme Marinoni e

Hermes Zaneti, sobre o sistema de precedentes no Brasil.

2 JURISDIÇÃO E ESTADO: AS ORIGENS DA RELAÇÃO

Passamos por diversas “eras” do direito, modelos de regulamentações arbitrários, legitimados por ideias religiosos, censitário, iluminista, o juspositivismo o jurnaturalismo, o direito costumeiro. Fato é que mesmo nas sociedades mais antigas o homem sempre teve uma forma de se autorregular.

Sabemos, no entanto, que não estamos diante de ciências exatas, que quando do surgimento de novos teoremas, os anteriores se tornam inutilizáveis. O surgimento de novos paradigmas insurge nas concepções e forma de entender o direito, de concebê-lo, de interpretá-lo.

Pode parecer estranho para alguns que vivenciamos a atuação ativista do judiciário e, sobretudo da Suprema Corte, mas houve momentos que o judiciário era tido como desprovido de função e atuação política, o juiz conhecido como “boca da lei”, e houve de fato momentos em que a aplicação fria do direito dava margem a incontáveis injustiças.

Uma nova concepção não apenas do direito e das relações de poder nos possibilita compreender que, o judiciário exerce função política, tomando decisões que implicam no modo de vida da sociedade.

Em acordo com Carvalho (1998), para compreender a atual função exercida pelo judiciário, precisamos passar pela compreensão de três paradigmas. O primeiro deles, em contraposição ao pré-moderno, o direito não se diferenciava da religião, da moral, da tradição e dos costumes, o direito é de alguém pela posição que tal ocupa dentro da hierarquia social absoluta e endeusada pela sociedade contemporânea a época. O direito era consagrador das diferenças, bem longe do conceito que temos de único ordenamento jurídico integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos (CARVALHO, 1998). Segundo Carvalho (1998, p. 238):

Verifica-se a dissolução desse paradigma ao longo de pelo menos três séculos, por um sem-número de fatores que vão desde a ação dissolvente do capital, a diluir os laços e os entraves feudais e a fazer que cada vez mais indivíduos livres e possessivos participem do crescente mercado como proprietários, no mínimo, do próprio 'corpo, ou seja, da força de trabalho que lhes possibilita o comparecimento cotidiano ao mercado como proprietários de uma mercadoria a ser vendida (Marx); [...], etc.

Podemos perceber que nesse primeiro paradigma do direito estávamos bem distantes do que conhecemos agora como aplicação justa do direito ou da possibilidade de interpretações e

aplicações de princípios que visassem efetivações de direitos ou quaisquer garantias que não fossem voltadas as altas classes sociais.

No segundo paradigma a tradição se rende a moral individual racional, e passamos a ter Estados laicos e o direito como um regramento geral e abstrato. Isso nos remonta a pensar que agora estávamos diante de um ordenamento constitucional que alcançaria todos, inclusive aquelas sociedades de castas que eram detentoras dos privilégios de tempos anteriores. Com todas essas mudanças e os novos padrões constitucionais, surge o que chamamos de Estado de direito legitimado pelo direito natural, por verdades inquestionáveis e pela própria forma de organização Estatal desse momento. (CARVALHO, 1998).

Lembra-nos Marinoni (2011) que nesse Estado que era liberal de direito o princípio da legalidade tomou uma significação forte, colocando freio nos regimes totalitaristas da época precedente, nada e nenhuma razão pública poderiam ir de encontro à lei. O absolutismo monárquico teria sido trocado pelo absolutismo dos legisladores, e nesse aspecto não pode ser comparado com o modelo Inglês onde o parlamento mesmo dando fim ao absolutismo deu espaço para que a lei fosse somada a outros componentes, outros valores que fizeram surgir o *common law*.

Ainda nas concepções de Marinoni (2011) é imperioso lembrar que o Estado Liberal se dizia perseguidor da liberdade, visto que a lei dava ao particular o direito de fazer tudo àquilo que a mesma não proibisse. Nesse mesmo cenário que surge a necessidade de proteger os direitos subjetivos privados que fossem violados, os direitos de primeira geração.

Somente a lei seria capaz de proteger os direitos individuais e isso deu base para se pensar uma jurisdição voltada para aplicação submissa à lei. Estamos tratando da escola exegetica pautada nas ideias do iluminismo. (MARINONI, 2011)

Nesse mesmo sentido Marinoni explicita as duas teorias que sustentavam a jurisdição no Estado liberal:

Ainda são sustentadas, depois de aproximadamente cem anos, as teorias de que a jurisdição tem a função de atuar a vontade concreta da lei- atribuída a Chiovenda- e de que o juiz cria a norma individual para o caso concreto, relacionada com a tese da “justa composição da lide”- formulada por Carnelutti. (MARINONI, 2011 pag. 23)

Como visto nas duas teorias acima citadas, o judiciário teria apenas a função de aplicação da lei, de fazer valer a vontade do legislador no momento da criação da norma. Sabemos, pois

que houve uma mudança paradigmática nas funções do órgão julgador, dado que passamos a perceber que o judiciário não era mais submisso a vontade do legislativo e que agora passava a exercer função política e efetiva.

O terceiro paradigma tratado por Carvalho (1998) entende ser necessária uma nova postura do judiciário, uma integração dos princípios e de regras que constroem o direito e todo o ordenamento jurídico em conjunto com a lei. A partir desse paradigma é preciso que se continue a obedecer ao princípio da legalidade, porque ele é a base da segurança jurídica, mas também é necessário que se realize a justiça no caso concreto, adequando o direito ao conflito e não o conflito ao direito.

É fundamental entender o papel dos princípios como base para sustentação desse novo paradigma constitucional democrático. Eles funcionam como o motor que possibilita a hermenêutica jurídica, eles são o contexto, condicionam a leitura da letra da lei e amoldam aos casos concretos.

Não é concebível comparar o direito natural nos moldes liberais com o direito principiológico, pelo fato deste em muito parecer com aquele, pois aludem aos direitos humanos e a princípios materiais de justiça. O positivismo contemporâneo é crítico, concebido diante da conformação das leis à constituição, conhecido também como pós-positivismo. (MARINONI, 2011)

A pós-modernidade a qual encontramos nos insita que essas profundas transformações ocorrem, segundo alguns estudiosos sustentam porque “Estamos órfãos da história, das ideologias e das utopias, segundo os arautos do Estado neoliberal” (COELHO, 200, p. 08). Mas, segundo o autor não parece fundado tal pensamento, pois foi por meio da superação das ideologias positivistas e do jusnaturalismo que se pode repensar o direito e qual seria a forma de efetivar a justiça por meio dele. Só na pós-modernidade temos a possibilidade de tentar integrar os valores, princípios e regras, e interpretá-los embasados nos ditames dos direitos fundamentais.

Ainda que nesse contexto, o Pós-Positivismo inicia uma trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça, e legitimidade. (COELHO, 2005 pag. 12).

Podemos concluir que dentro desse processo histórico de efetivação, se percebeu que o

judiciário como um todo não deveria permanecer inerte quando a lei fosse omissa ou pouco satisfatória para o caso concreto, temos a partir daí bases para um maior ativismo judicial, respeitando, claro, os limites da separação dos poderes. No Brasil tais possibilidades decorreram do neoconstitucionalismo da constituição de 1988 pois essa inaugura de maneira decisiva esse modelo de Estado democrático de direito aprimorado com as mudanças hermenêuticas que ocorreram e vem acontecendo.

2.1 O DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

“O Brasil é um país jovem. A história constitucional do Brasil é em muitos aspectos uma história instável.” (ZANETI, 2017 p. 37).

O presente tópico visa esclarecer pontualmente as mudanças constitucionais que possibilitaram quebras de paradigmas no direito brasileiro, modificando as estruturas judiciais para a efetiva normatização do *common law* no Brasil, visto que desde a primeira Constituição já passávamos por progressos na recepção do direito americano, o que irá ser tratado em momento oportuno, por enquanto trataremos das bases constitucionais na jurisdição brasileira no Estado contemporâneo.

Elenca Zaneti (2017) que tivemos oito constituições em um lapso temporal curto e a carta magna de 1988 advém de um período posterior a ditadura militar, sendo considerada hoje uma constituição estável apesar das inúmeras emendas que já sofreu. Diz ainda o autor que o alargamento das competências dos tribunais e cortes e do Ministério Público pela Constituição foi fundamental para maior efetividade dos direitos nela elencados.

A história do constitucionalismo é a história da busca de efetivação de direitos fundamentais. Nesse diapasão mesmo no Estado Moderno estamos buscando soluções para maior tutela de direitos, a jurisdição ocupa lugar de preponderância nessa idealização, mas levamos tempo e aprendemos errando um modelo ideal de democracia de Estado e de constituição, precisamos agora realizá-lo.

Inicialmente quando o Estado deixou de pertencer ao absolutismo autocrático, direcionamos as atenções para o poder legislativo, influenciados pelo Estado Liberal burgueses do século XIX, nesse modelo a constituição exercia apenas função ordenadora dos poderes que compõe o Estado. Estávamos na era das codificações, sendo esse modelo obstativo da atividade

hermenêutica (ZANETI, 2017).

Esse modelo de Estado estava preocupado apenas em proteger os cidadãos dos possíveis abusos do Estado, visto que estávamos saindo de um modelo absolutista, mas as mudanças que ocorreram em todo o mundo com a Revolução Industrial interferiram no direito brasileiro que passa a ser um Estado Intervencionista com os novos direitos sociais. Nesse modelo o poder executivo assume principal papel de efetivação dos direitos elencados pelo legislador e a jurisdição só passa a ser mais ativa em momento posterior. (ZANETI, 2017).

Interessa-nos pensar o papel que o juiz exercia nesses modelos, pois a discussão central do presente trabalho é discutir a melhor atuação do julgador no modelo de Estado atual com o advento dos precedentes judiciais normativos. No modelo liberal sabemos, pois que o juiz era legalista e aplicador da lei, o chamado juiz “boca da lei”.

Em momento posterior temos as influências das Constituições do México em 1917 e da Alemã (1919) de Weimar, nessas o juiz assume atitude ativista para efetivar direitos, pois essas constituições elencavam os direitos sociais, do bem comum e da supremacia do direito público sobre o privado. (ZANETI, 2017).

O Estado Pós-social, segundo o autor supracitado, deve ser analisado com base na superação do Estado liberal e Social nos moldes iniciais, pois a pós-modernidade se insurge preocupada com a consolidação do Estado Social, com um dos marcos sendo a crise mundial gerada pelo holocausto que mudou as atitudes dos julgadores, diz Zaneti (2017). Ainda sobre o assunto o autor trata da universalização dos valores da justiça e da dignidade Humana por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos que foi internalizada pelas Constituições, inclusive a nossa.

Ainda que se tenha realizado mudanças, a revolução da informação e da tecnologia gerou a necessidade de estruturação dos direitos difusos e coletivos, pois, direitos fundamentais ainda restaram sem efetivação. Esses direitos acarretaram uma nova revolução judicial, mudando a postura de todo o judiciário. (ZANETI, 2017).

As considerações no mesmo sentido de Barroso (2002 p. 08):

O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neo-liberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e

inimigos - e não entre certo e errado, justo ou injusto -, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.

No mesmo sentido, alega Zaneti (2017) que nosso desenvolvimento histórico no que concerne ao modelo normativista, temos uma concomitância do modelo constitucional filiado ao direito americano e as legislações infraconstitucionais baseadas no modelo francês e europeu continental, o que para o autor não é um aspecto negativo pois sem a formação concreta dos sistemas anteriores, podemos desenvolver o modelo ativista constitucional sem as ingerências dos problemas dos demais modelos. Nosso modelo é fundado nessa hibridez e influenciado pelo constitucionalismo garantista, vejamos:

Este traduzindo-se em três marcos fundamentais: o marco histórico ocorrido no Brasil em dois momentos, na Constituição Republicana de 1891 e a partir de 1988, com a priorização dos direitos fundamentais; o marco filosófico pós-positivista, que consiste na superação, ao mesmo tempo, da lei como única fonte do direito e das diferenças radicais entre moral e direito, reconhecendo a indeterminação da norma e o papel do intérprete (distinção entre texto e norma); e por fim, o marco teórico que reconhece o papel preponderante da força normativa da Constituição nos ordenamentos jurídicos e o reconhecimento dos direitos fundamentais como normas, e engloba, desde o controle de constitucionalidade até as novas técnicas de interpretação jurídicas. (ZANETI, 2017 p. 216 e 217).

Os três marcos acima citados corresponde ao desenvolvimento do direito brasileiro que possibilitou a normatização do sistema de precedentes no Brasil, discutiremos no segundo capítulo a recepção do direito americano pelas Constituições brasileiras, passaremos pelos entraves da quebra de paradigmas da aplicação da lei sem a inserção de atividade hermenêutica e, por fim, no terceiro capítulo desenvolveremos esclarecimentos sobre o papel do intérprete nesse novo modelo constitucional.

2.2 JURISDIÇÃO E NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo enseja uma reaproximação do direito a valores informados pela filosofia, pela ética de Aristóteles, e esses por vezes são instrumentalizados pelos princípios que estão impregnados na constituição, direta ou indiretamente. “O compromisso atual é, sobretudo com a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, em todas as suas acepções” (COELHO, 2005).

Explicita Hesse (1991) em seu livro *A força normativa da Constituição* que a valência de

tal instrumento encontra-se assentada na sua relação direta as inclinações do seu tempo, ou seja, que a real força constitucional é lograda na correlação que podemos fazer entre seus mandamentos e a conjectura fatídica que ela se presta a regulamentar. É a ordenação formal das relações dos indivíduos.

Sendo necessário compreender que como explica Hesse (1991), não basta apenas que a constituição seja uma “adaptação da realidade”, é preciso que ela mesma seja a força que gera incumbências e que essas sejam realizadas por uma vontade de concretização da ordem constitucional, a “vontade de constituição”.

A adaptação constitucional às mudanças de conjunturas devem ser realizáveis, os princípios basilares devem ser estabelecidos, afinal obedecemos a um positivismo, de maneira que possibilitem inovações interpretativas, mas não obedecendo a interesses momentâneos e privados. (HESSE, 1991).

Nesse mesmo sentido está a importância de interpretar a lei maior buscando a ótima concretização da norma, diz Hesse (1991). No entanto afasta-se a aproximação com o que conhecemos como subsunção lógica da escola exegética, pois se a força da constituição está ligada a fatos da vida real não seria coerente que a interpretação de suas normas se distanciasse desses fatos.

A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (sinn) da propositura normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação (HESSE, 1991, pág. 22-23).

Logo, nos podemos entender o papel do neoconstitucionalismo na efetivação dessa força normativa da constituição, pois, longe de ser uma doutrina da “moda” tem se desenvolvido e possibilitado mudanças estruturais no modelo de se aplicar o direito frente as necessidades, tão sempre atuais, de se materializar os ditames constitucionais.

A hermenêutica constitucional emancipadora tratada por Coelho (2005) nos remete a uma conexão entre teoria e prática, contextualizada na realidade brasileira em uma percepção crítica.

Se a preocupação está em efetivar os comandos constitucionais, segundo Coelho (2005) os países chamados de terceiro mundo, o qual o Brasil esta inserido, enfrenta problemas em realinhar teoria e prática nesse contexto.

O problema é que estamos ainda buscando soluções praticas para os problemas que

enfrentamos, desde a miséria até ao atraso econômico e tecnológico. Em contrapartida garantimos inúmeros direitos e cuidamos de diversas situações na lei maior, seguindo a indicação atual do neoconstitucionalismo.(COELHO, 2005).

No nosso caso específico, o Brasil tem uma constituição extensa e que se preocupa com as diversas situações que assolam os direitos individuais e as liberdades, no entanto vemos diariamente descumpridas as garantias nela expressas.

O processo, ou melhor o neoprocessualismo se insurge como uma forma de sanar tais deficiências, em fazer cumprir os ditames constitucionais nos moldes da pós-modernidade. O que queremos ressaltar é que esses conceitos de um direito mais ético, mais voltado a fazer cumprir os princípios e não meramente tecnicista como defendido por Chiovenda e Carnelutti, “invadiram” o direito processual. Desse modo, o processo hoje representa uma aproximação com esse modelo neoconstitucional, em especial com todas as mudanças trazidas pelo código de processo civil de 2015.

Pensemos que o processo é a forma mais próxima de retirarmos direitos da condição de meras abstrações e alcançar os indivíduos, daí a necessidade de adequação e reestruturação processual.

A função ativista do judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, se dá justamente frente a esses novos paradigmas constitucionais e processuais, advém dessa necessidade de usar o processo para realizar a justiça no caso concreto. Todas as possibilidades surgiram, pois quando o judiciário passou a ser mais do que guardião da constituição.

O significado superior da constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais – princípio até então desconhecido...que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado(HESSE, 1991, pág. 28).

Não se admite mais concepções como as defendidas por Rui Barbosa (1983) citado por Vilanova (1981) que entende ser as questões advindas dos poderes legislativo e executivo exclusivamente políticas, bem como as questões que não tem tutela do direito correspondente. Ou seja, que quando direitos não foram normatizados pelo legislador, a jurisdição em nada tem a ver com eles. Seria como admitir que existissem mais que lacunas no ordenamento jurídico, seria dizer que existem dentro do nosso direito fatos que se políticos, não recebem qualificação

jurisdicional. Tal entendimento de que o judiciário, em especial, o supremo tribunal federal, exerce função política (VILANOVA, 1981) a qual nos filiamos têm maior materialidade fática na atualidade frente aos posicionamentos do STF.

O judiciário se habilita a “interceder nas relações inter-orgânicas, para recompor o equilíbrio por um deles desfeito” (Vilanova, 1981 p. 41) de interferir na garantia dos direitos individuais, e essa é uma função jurídica que não deixa de ser também uma função política, diz o autor.

2.3 O JUDICIÁRIO E SUA FUNÇÃO POLÍTICA

Nessa estrutura de efetivação constitucional, muito se tem falado sobre a judicialização da política e a politização do judiciário e as consequências dessas “posturas” estão cada dia mais visíveis nas escolhas que o judiciário vem tomando em detrimento de omissões legislativas ou até mesmo na interpretação das leis. Interessante é ressaltar que em conexão com tudo que já foi exposto até o presente momento, a possibilidade desse ativismo judicial advém dos paradigmas do estado democrático e do pós-positivismo.

A politização da justiça acaba por ser uma decorrência da judicialização da política, em outras palavras, pelo fato de cada dia mais os atos do poder executivo e os atos do poder legislativo ser submetidos ao controle do judiciário, pela interpretação sobre as questões relevantes da res publica ficarem a cargo do poder judiciário e dos hard cases serem analisados e decididos com a última palavra do Supremo, o poder judiciário necessita se tornar cada dia mais político (RAMOS, 2009).

“Admite-se obviamente, portanto, o papel inclusive político do poder judiciário” (LAMY 2014, p. 308). Segue o autor dizendo que o redirecionamento da tomada de decisões dos poderes executivo e legislativo para o judiciário modifica o papel das cortes que passam a ser vistas como atribuídas de poder político, de função política.

A postura ativista do judiciário ultrapassa os limites constitucionais entendidos na sua individualidade. O processo, meio mais eficaz de se concretizar comandos constitucionais, se modificou e vem se reestruturando ao mesmo passo que todas essas mudanças veem acontecendo no direito como um todo.

O Estado contemporâneo, por força de seu intervencionismo e em decorrência da

crescente juridicização da convivência humana, tornou-se, também, regulador de ampla área da vida social, máxime em sua dimensão econômica. (PASSOS, 2002).

Atenta-se também para os ensinamentos de Peter Haberle, no seu livro *Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição* (1997) sobre uma nova teoria sobre a interpretação constitucional em que todos os órgãos estatais, potências públicas, todos os cidadãos e grupos são responsáveis pela interpretação da lei maior e que o entendimento desses e outros seguimentos interferem no juízo que se deve fazer dos ditames constitucionais exaltados pelo poder constituinte originário.

O que o autor está buscando explicitar, entendimento do qual nos filiamos, é que o processo de interpretação constitucional deve ser democrático, ultrapassar os muros estatais, na teoria e na prática. Não faz muito tempo da crença de que os participantes do processo interpretativo era exclusivamente aqueles que desempenham funções estatais.

Diz Haberle: “interpretação é um processo aberto” (1997, p. 36). Ou seja, os novos conhecimentos e entendimentos de como deva ocorrer o processo interpretativo não mais se amoldam a lógica da subsunção. A hermenêutica possibilita outros caminhos, pois a realidade tem que fazer parte desse processo de interpretação, mais precisamente deve ser focado naquela esse processo.

Podemos concluir que como a norma não é um molde acabado, é importante a participação dos interpretes no processo de aplicação desta norma.

É possível indagarmos previamente então que se a lei não pode ser mais interpretada com fulcro em uma subsunção direta ignorando os ditames do caso concreto e da realidade em volta, como poderia a aplicação dos precedentes vinculantes no Brasil se amoldar a essa realidade “ultrapassada”?

As bases sobre as quais se desenvolve a tese de uma pluralidade de intérpretes constitucionais é que essas “forças” representam a publicidade e parte da realidade da própria lei maior. Ora, a lei magna representa decisões na esfera pública e mais além, disciplina questões privadas, não sendo possível, pois tratar a sociedade como mero objeto e sim como sujeito integrante. (HABERLE, 1997).

Haberle (1997) entende que a legitimidade de outros segmentos, que não estatais, participar do processo interpretativo está na democracia, pois vivemos nesse Estado democrático em que se deve mediar o processo público em conformidade com a práxis do dia a dia. O

processo aberto de interpretação da constituição é legitimado pelas bases democráticas que buscam realizar os direitos fundamentais.

A aferição de legitimidade de interpretação pelas cortes constitucionais de outros órgãos, seja legislativo ou outros julgadores deve ser feita com bastante cautela, levando em conta se que se encontra inserida em uma sociedade aberta dos interpretes da constituição, e que estamos distantes de teses de subsunções lógicas, buscando a realização de direitos fundamentais vividos na realidade, e mais ainda que não existe hierarquia hermenêutica.

“O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática” (HABERLE, 1997 pg. 46).

O processo, não só constitucional, é o meio mais direito e possivelmente eficaz na realização do direito, é ele que maneja o direito material. Por isso a necessidade de um processo constitucional aberto a outros interpretes como defende Harberle (1997) mais ainda é possível importar esse entendimento para a teoria geral do processo, a possibilidade de desenvolver um processo mais democrático e mais “aberto” a interpretações da sociedade que participam desse complexo jurisdicional.

Junto ao neoconstitucionalismo desenvolvemos o neoprocessualismo, esse ajustado aos ditames do primeiro. Ora, se estamos em um estado constitucional e, tudo a carta magna se amolda, o processo segue a mesma orientação.

O primeiro passo é reconhecer que as mudanças processuais que veem ocorrendo decorrem da tentativa de superação da crise que o direito enfrenta conexas a crise da modernidade, o paradigma do direito positivo que entrou em colapso e vem ruindo trouxe por conseguinte a desestruturação dos paradigmas do direito, o que por obvio se aplica ao direito processual. (PASSOS, 2002)

O processo nos moldes contemporâneos deve ser democrático, deve ser mais aproximado das realidades sociais, ora, se é ele que efetiva todas as garantias fundamentais, não deve oferecer óbice a realização das mesmas.

Existe atualmente uma preocupação com o resultado da aplicação do direito: “relação existente entre o processo de produção do Direito e o produto que dele resulta, ou seja, no que nos interessa, entre o processo jurisdicional e a sentença, como aplicação, pelo juiz, do direito material legislado” (PASSOS, 2002).

Decorre de tal afirmação a conclusão de que a nova dinâmica processual muda para dar maior aplicabilidade maior “eficiência” e daí surge, por exemplo, a possibilidade de aplicação de precedentes em um sistema de Civil Law e vice-versa, pois é preciso alcançar todas as chances de ter uma tutela mais efetiva.

Passos (2002) diz que o processo não é mais um mero instrumento, ele já integra os fins, o processo deixa de ser a concretização do direito fundamental, ele é o direito fundamental agora, e por isso um processo competente e, sobretudo democrático e que exerça uma função social. Vejamos:

Dizer-se que, nesse contexto, o processo é um instrumento, um meio, no mesmo sentido em que isso foi dito com relação ao esforço físico, ferramentas ou máquinas empregadas na fabricação da cadeira, será incorrer-se em erro de graves consequências. Aqui, o processo é algo que integra o próprio ser do produto, tem com ele uma relação substancial, não instrumental.

Sem o processo, não há o produto, e só enquanto processo há produto; a excelência do processo é algo que diz, necessariamente, com a excelência do produto e o produto só adquire entificação enquanto é processo, um querer dirigido para o criar o produto e mantê-lo sendo. (PASSOS, 2002).

Passos (2002) em concordância com Haberle nos lembra de que na década de 80 foi se percebendo que a sobreposição entre direitos fundamentais, entre a organização e procedimento deixou de ser apenas uma “febre” do momento para se tornar uma postura do mundo jurídico. O direito material não estava mais acima do direito procedimental, que os dois alcançavam a alçada de efetivadores de direitos ou de promotores de injustiças se mal aplicados.

Em acordo também com Canotilho, Passos (2002) diz que em um momento inicial houve preocupação em enunciar os direitos garantísticos-processuais e que esses posteriormente foram elevados a categoria de direito público, a participação “no” e “através” do procedimento não é mais meramente o instrumento que efetiva a ordem democrática e sim parte integrante dela.

A influência que os valores e os direitos fundamentais exercem sobre o processo são possivelmente percebidas quando da preocupação em se ter métodos processuais que se amoldem a decisões que tenha um fundo valorativo como fundamentação. (LAMY, 2014).

O novo processualismo, imbricado de valorações é para nos de possível percepção quando pensamos nas preocupações tão antigas e também atuais de efetivação da jurisdição, de morosidade e de acesso à justiça. A constituição de 1988 tem gerado ao longo de todos esses anos discussões sobre a função social dos institutos, e no processo também não é diferente, pois tem se

buscado encontrar uma teoria do processo que se adeque aos paradigmas constitucionais. (LAMY 2014).

Portanto, diz Lamy (2014) que o neoconstitucionalismo que para nós foi efetivamente inaugurado com a constituição de 1988 alcança o direito processual quando a preocupação deixa de ser apenas em resolver o litígio, pois é preciso efetivar os direitos, e isso faz com que o direito brasileiro recepcione institutos que possam efetivar esses novos preceitos influenciando a produção, aplicação e interpretação do direito. A própria reconceituação de institutos dentro do direito processual tradicional é o que baseia essa “nova teoria do direito processual” em razão do conflito de interesses de certas coletividades, depende-se do devido processo legal para atingir as soluções esperadas” (LAMY 2014 p.304)

Marinoni (2008) no seu livro teoria geral do processo alerta que para a atribuição de sentido ao caso concreto feita pelo juiz, deve ser considerada a realidade em que está inserido. Novos fatos sociais possibilitam ao juiz a construção de novos casos modificando os sentidos dos casos preexistentes ou para simplesmente atribuir sentido a esses.

Interessante é ressaltar que quando nos referimos à atribuição de sentido ao caso concreto não se possibilita a dispensa da prévia análise da lei, pelo contrário o que se busca saber é como esse caso se insere em face da lei e da hermenêutica que os tribunais realizam em torno dele. (MARINONI, 2008).

Ainda no mesmo sentido Marinoni (2008) nos lembra de que a partir do momento que abandonamos a aplicação fria da lei teremos a possibilidade de encontrar mais de uma solução para o caso concreto a partir dos critérios de interpretação e será necessário nesse caso determinar qual a interpretação que melhor se amolda ao caso e as normas constitucionais.

Essa nova concepção de jurisdição abrange até mesmo a permissão para que o juiz controle a constitucionalidade por omissão dentro do caso concreto. Seria possível então que quando a omissão ensejar negação de tutela a um direito que é fundamental é perfeitamente cabível que o juiz à supra (MARINONI, 2008).

Ainda nesse diapasão, o conceito de “conformação da legislação” que difere da pura adequação a constituição, trata-se de quando o juiz cria, através da interpretação ou do controle de constitucionalidade, uma norma jurídica para fundamentar a decisão daquele caso (MARINONI, 2008). Difere também da criação da norma individual, tese de Carnelutti citada por

Marinoni (2011), com base puramente na norma geral, resultado da subsunção sem que envolva ato interpretativo e nem interpretação conforme a lei maior. Uma norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto, diz o autor.

Poderíamos indagar que a função do poder judiciário não é legislar, que estaríamos diante de uma afronta à separação dos poderes, no entanto no caso da criação da norma jurídica o juiz não cria o direito, está realizando apenas a jurisdição e resguardando a efetivação dos direitos fundamentais, corolário do estado democrático de direito.

Pressuposto para o entendimento posterior do que venha a ser a *ratio decidende*, é compreender nesse momento que quando o autor trata da criação de uma norma resultado da interpretação, ele não está a tratar da parte dispositiva de uma sentença, mas justamente dá a fundamentação para esse dispositivo.

A fundamentação é sobretudo um dever, pois garante legitimidade às decisões, deve haver “racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito”(MARINONI, 2008, pg. 108). A norma jurídica é, pois essa fundamentação.

Os deveres que envolvem a efetivação da jurisdição ultrapassa o reconhecimento desse direito dentro do procedimento até aqui desenvolvido, conformação e norma jurídica, é preciso que a sentença reconheça o direito, mas que haja a satisfação de fato desse direito pela atividade executiva. A técnica processual executiva também é embasada na conformação com o direito material e fundamental de acordo com o caso concreto, diz Marinoni (2008).

Da mesma maneira que o Juiz, o legislador tem obrigação de criar técnicas processuais que realize o direito fundamental, a tutela jurisdicional deve atuar sobre a estruturação técnica do processo.

Nesse sentido o legislador passou a criar as regras processuais abertas, que são institutos dependentes do preenchimento de conceitos indeterminados, assim conhecidos por Marinoni (2008, pg. 121). São decorrentes do reconhecimento de que a lei não tem condições de suprir uma técnica processual correspondente a cada direito material suscitado.

Essas normas de processo abertas acabam por permitir tanto ao juiz como ao tutelado a possibilidade de encontrar o instrumento adequado, mesmo que limitado as margens legisladas. Até o momento que estamos a tratar dessas normas como direito abstrato e neutro, elas não

passam de procedimentos e técnicas, no entanto diante do caso concretizado elas ganham essência.

A melhor compreensão das leis e das situações sociais parece ter sido até hoje uma probabilidade de harmonizar as questões jurídicas, a hermenêutica no contexto do Estado contemporâneo toma feições grandiosas, pois imprime resultados quando utilizada de maneira consciente frente a conflitos jurídicos e do mundo jurídico.

No Direito Processual Civil a crise se instalou de uma forma aparentemente insanável, decorrência não só da complexidade crescente das relações sociais como também da extensa reforma legislativa desmedida que se postou em nosso país (LAMY, 2014 p.5). De acordo com o autor, alguns países legislam de maneira desregulada e isso, junto com outros fatores, ocasiona uma crise, que gerou a necessidade de o direito processual civil procurar formas de efetivar o direito, o que ocorreria de maneira natural se não passássemos por essa crise então hoje.

A busca incessante atual pelo devido processo legal é consequência dessa crise instalada:

O devido processo legal está relacionado com uma ideia de processo organizado, que respeite certo formalismo, mas desde que seja realmente valorativo e não um formalismo que desprestigie o seguimento célere da demanda e muito menos de um formalismo que se apegue ao extremo a forma sem prezar pela obtenção da solução efetiva da problemática (THAMAY, 2011 p.06).

Como vimos acima Thamay (2011) elenca que temos uma preocupação com a celeridade, que levou a uma desestruturação do direito processual civil, base para as outras áreas do direito processual, pois até o código de 2015 estávamos diante de um código recortado e nada harmônico. A preocupação é que em nome da celeridade se rompa com princípios estruturantes do processo.

Estariamos diante de um problema de interpretação dos dispositivos legais do código de processo civil, como diz Thamay (2011), e por esse motivo estaríamos a ter problemas com a aplicação concreta da lei sem que essa busca por efetividade “atropelasse” os demais princípios que eram elencados no código de 1973 ou até mesmo alguns constitucionais.

A hermenêutica então teria papel de dar significação a textos legais que em sua grande maioria não são claros.

A hermenêutica enseja, para o autor, a necessidade de esclarecimento sobre as teorias procedimentalista e substancialista, pois as duas são “modelos” de como o processo deve ser

entendido e aplicado. A corrente substancialista se preocupa com a maior efetivação dos comandos constitucionais e a procedimentalista limita a constituição as teorias de poder sem pensar na preocupação com a realização dos direitos fundamentais, nela elencados, por meio do processo, pensando ser o procedimento a forma de realizar a democracia.

Thamay (2011) indica que não seria interessante a escolha de uma dessas teorias de modo a excluir a forma de proceder da outra, pois elas se complementam, sendo de grande relevância a criação de uma terceira corrente, que pense o meio termo, que utilize a própria constituição como um referencial procedimental mas que também estivesse construída nas bases substanciais da carta constitucional.

O direito processual civil no Brasil teria adotado um método fechado de compreensão dando maior abertura para o procedimentalismo, sendo isso nocivo, pois nas mais variadas situações o direito no caso concreto pode ser não tutelado se não seguir as etapas e procedimentos elencados nos códigos. (THAMAY, 2011)

Pensemos, pois na situação em que um cidadão “perde” o seu direito pelo mau procedimento de seu advogado ou do Juiz julgador da causa, ainda de serventuários, sendo esse um formalismo desvalorativo diz o autor referido a seguir.

É aqui que a Hermenêutica entra, fazendo com que essas problemáticas sejam solucionadas, buscando evitar a produção de injustiças ou ainda a solvência de problemáticas já existentes e muito complexas que são criadas a partir de uma compreensão unicamente preocupada com a forma, embasada no método, e que poderá causar enormes problemas (THAMAY, 2011 p.21).

Sendo importante frisar que essa postura de método fechado de compreensão não foi renovada no novo código de processo civil, pois é justamente um código mais aberto, influenciado pelo sincretismo e pela maior preocupação em realizar o direito que burocratizar o processo. No entanto, ainda é possível em muitas das regulamentações perceber essa atitude mais fechada, bem como o equívoco em alguns novos regramentos que pensou ser para dar mais abertura e pode acabar por gerar empecilhos a efetivação de direitos fundamentais, como o caso dos precedentes vinculantes.

Podemos compreender então, que o novo código de processo civil de 2015 segue com essa tentativa de concretização dessa efetivação da tutela jurisdicional pelos meios processuais. As inovações trazidas ou a regulamentação de praticas já realizadas nos tribunais e varas

representa a materialização dessa nova acepção, o direito processual não pode mais ser um instrumento tão burocrático e rígido que impossibilite a satisfação de todos esses preceitos do direito processual contemporâneo.

3 A RECEPÇÃO DO *COMMON LAW*

Até o presente momento pudemos perceber que o panorama dos avanços do direito nos possibilitou que aos poucos fossemos desenvolvendo a necessidade de modificação das bases que fomentam o direito no Brasil.

Todas as modificações nos paradigmas que formam o direito traçadas no primeiro capítulo foram também realizadas no Brasil, ao seu tempo. Foram aqueles eventos de maneira geral que possibilitaram que aos poucos fossemos introduzindo o *common law*, até chegarmos a normatização do sistema no país. Alguns eventos pontuais possibilitaram essa aproximação e precisamos compreendê-los antes de discutir a problemática que embasa o presente trabalho.

É necessário também desenvolver sobre as bases conceituais do sistema de precedentes. São definições novas, importadas de outro país e com delineamentos próprios, é fundamental entendê-las para discutir a questão da independência judicial no sistema de precedentes.

Zaneti (2017) citando Pontes de Miranda argumenta que um dos fatores preponderantes que possibilitaram a criação de um sistema de precedentes foi que desde a primeira constituição republicana brasileira temos recepcionado o *judicial review*, bem como nossa matriz híbrida que soma o *civil law* e o *common law*.

A constituição de 1981, segundo Zaneti (2017), recebeu o direito constitucional Americano por influência de Rui Barbosa, que na época escreveu a constituição, e modificou a estrutura do nosso direito e das instituições, em especial a mudança da constituição para rígida, e a garantia da *judicial review* (revisão dos atos do poder público e atos dos particulares de acordo com os preceitos constitucionais). Essa garantia dá ao poder judiciário um lugar de remonta no que concerne a efetivação dos direitos fundamentais, diz o autor.

No próprio direito Americano houve em 1803 no caso *Marbury vs. Madison* a modificação que permitiu o controle judicial da constitucionalidade de leis e de atos do poder publico, ou seja, é a partir desse caso que se possibilitou o *judicial review*. Esse fato é relevante para se entender porque se desenvolveu o *due process of law* como principal fonte geradora de jurisprudência da corte superior dos Estados Unidos e também como parâmetro para o *checks and*

balances(sistema de freios e contrapesos) cuidando da relação legislativo, executivo e judiciário (ZANETI, 2017).

A influência do direito americano na constituição de 1891 acaba por trazer essas regras para o direito brasileiro, argumenta o autor. A consequência dessa influência foi que o Brasil passou a ter um sistema jurídico híbrido, visto que temos traços da tradição do *common law* sobre a ordem constitucional e da tradição romano-germânica quanto ao direito privado¹. (ZANETI, 2017).

Mais especificamente quanto ao processo civil, Zaneti (2017) alega que adotamos a tradição da Europa Continental com o código Buzaid de 1973 e em concordância com o que diz Pontes de Miranda argumenta que tratamos o direito público e o privado dentro da mesma regulamentação processual.

Podemos perceber que em termos de acesso à justiça nessas duas tradições, temos que na romano-germânica temos um sistema formalista-valorativo, preocupado com a justiça e a moral, mas despreocupada com a aplicabilidade do direito, diz Zaneti (2017) citando Alvaro de Oliveira. Já na tradição do *common law*, mais especificamente nos Estados Unidos o direito é pensado de maneira prática, cuidando das problemáticas concretas, mas também preocupado com o controle de atos dos demais poderes pelo *judicial review* limitado pelo sistema de freios e contrapesos dentro de uma jurisdição que é una, ou seja, que controla tanto os particulares como o direito público. No Brasil, como já dito anteriormente, a influência do direito americano nos rendeu ao logo das demais constituições várias garantias, até chegarmos a regulamentações como às¹ elencadas no artigo 5º da constituição, dentre elas a inafastabilidade da jurisdição e a efetivação dos writs a exemplo do habeas corpus, como sinônimo da cidadania, dentre outros. (ZANETI, 2017).

Em contrapartida a tudo o que foi exposto se encontra algumas regras desenvolvidas no sistema brasileiro, diz o autor:

Sumariamente podemos elencar alguns elementos caracterizadores das tradições [...]:estrita separação de poderes em confronto com um modelo mais aprofundado de checks and balances, no qual a revisão judicial tem a última palavra sobre a validade

¹ O presente trabalho entende que alguns institutos do direito privado no direito brasileiro foram criados a partir de uma referência a institutos pertencentes à tradição romanística, e não que foram exportados dessa tradição da maneira como eram regulados há séculos atrás.

constitucional dos atos de poder; desconfiança em relação aos juízes antagonizada por uma ampla respeitabilidade da função judicial; identificação da lei com a segurança jurídica em oposição a visão do direito como uma engrenagem dinâmica, estabilizada pelas leis constitucionais e a partir da interpretação da constituição dada pelos tribunais; diferença nos métodos de ensino e argumentação judicial nos tribunais decorrentes das diferenças acima apontadas. (ZANETI, 2017 p. 49).

Podemos concluir que a recepção do direito estrangeiro pelo direito brasileiro se deu de maneira peculiar, pois temos a introdução de regras e institutos jurídicos de outros países, mas interpretamos e aplicamos esses de maneira peculiar, por vezes as regras importadas fazem parte de um todo e as introduzimos em um sistema diferenciado com a mesma conceituação do sistema que advém, temos consequências por vezes boas e por vezes confusas partindo dessa premissa. Essa atividade de compreensão sobre como foram introduzidas essas conceituações é imprescindível para a contextualização do problema que estamos dispostos a tratar no próximo capítulo.

Zaneti (2017) em acordo com Liebman alega que o direito processual civil teve duas grandes importantes recepções, propícias para entender o assunto dos precedentes, que foi a recepção na constituição de 1891 do modelo processual constitucional dos Estados Unidos e do código de 1973 quando recepcionou, mesmo que atrasado, o direito napoleônico. E dessas recepções tivemos um contraponto com relação a, por exemplo, regras do próprio código de 73 que elencava que o juiz quando da resolução do caso concreto estava adstrito a aplicar as normas legais e que a cada direito havia uma correspondência legal processual. Esse sistema estagnado, limitado e embutido ainda do positivismo do Estado Liberal em nada tem a ver com as regras do *Stare decises* e dos precedentes. Vejamos:

Trata-se aqui, mais particularmente, da recepção da tradição de *common law*, no que diz respeito ao sistema de freios e contrapesos para o controle do poder, em que a última palavra será do Poder Judiciário. Ressalta-se o *judicial control* existente na tradição norte-americana justamente para garantir a aplicação da constituição rígida e sua permanência na sociedade, como elemento supraordenado as demais leis e como fundamento contramajoritário em uma democracia de direitos. Em primeiro lugar, cumpre observar que se tratou de uma *recepção cruzada*. Os institutos e a prática, agora absorvidos na nossa Constituição Republicana, foram trazidos do desenvolvimento da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, e não do próprio texto constitucional norte-americano (Marbury v. Madison, de 1803).

Ora, temos uma influência do desenvolvimento de entendimentos jurisprudenciais das cortes supremas sobre a nossa constituição, mas éramos limitados à aplicação estrita da lei,

podemos imaginar porque a jurisprudencial acabou tomando um lugar de relevância no direito brasileiro, e os precedentes ganhando espaço no novo código de processo civil de 2015.

Também uma importante consideração a cerca da recepção do direito americano na constituição de 1891 é a unicidade de jurisdição e o controle dúplice de constitucionalidade e importados do *common law*. Sobre esse último, o controle difuso de constitucionalidade que pode ser exercido pelos juízes quando da análise do caso concreto a adequação aos preceitos constitucionais (ZANETI, 2017).

O autor considera também que depois da constituição de 1891, tivemos sucessivamente nas demais constituições a recepção das regras da tradição norte-americana, até mesmo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e ainda durante esse transcurso tivemos a emenda n. 45/2004 à constituição de 1988 pela qual se deu a recepção do *stare decisi*. De maneira clara explana Zaneti (2017 p.56).

A recepção mitigada do *stare decisi* como regra de previsibilidade das decisões dos tribunais brasileiros, conferindo maior igualdade, necessária estabilidade ao direito, decorrentes das decisões dos órgãos judicantes e fechando um círculo de recepção constitucional começado com a constituição da república de 1891.

Compreendemos que a recepção do direito americano e em específico dos precedentes se deu de maneira gradual, houve toda uma mudança não só jurídica, mas cultural para que se pudesse conceber a ideia de atribuir obrigatoriedade a interpretação das cortes superiores exteriorizadas por decisões judiciais.

Temos que considerar ainda que com a emenda constitucional de 45 e a criação das súmulas vinculantes houve a “recepção dos precedentes como fonte formal do direito”(ZANETI, 2017 p. 78).

Segundo o autor supracitado o CPC supera o paradoxo metodológico. No entanto, é preciso discutir de maneira pormenorizada até que ponto o novo código de processo internalizou de fato as regras do *common law*, sem permanecer nesses mesmos equívocos de introduzir institutos com regras próprias abrasielirando essas de maneira que a essência desses institutos seja perdida ou modificada completamente²

² Não se trata de uma visão negativa sobre a recepção do direito estrangeiro pelo Brasil de maneira que se adaptem as nuances da nossa jurisdição, visto que temos um sistema híbrido, o que se preocupa é que possamos modificar esses institutos de maneira que não sirva ao fim para que foram pensados que é a efetivação da tutela jurisdicional.

Zaneti (2017) alega que tivemos uma recepção formal dos precedentes tardia e porconsequente é preciso tanto uma preocupação com a prática jurídica e com o ensino jurídico e a doutrina que se encarregam de cuidar de conceituar a *ratio decidendi*, *distinguishing* e *overrruling*, dentre outros conceitos necessários ao manejo do sistema de precedentes no Brasil.

A obrigatoriedade dos precedentes depende da compreensão que temos da sua ideologia e essa é diferente a depender da teoria das fontes prevalentes e do papel que esses assumirão na vida prática dos operadores do direito (ZANETI, 2017). De acordo com o autor até o código de processo civil a regra dos precedentes não tinha força no sistema judiciário brasileiro.

Não temos uma única teoria a cerca da vinculação dos precedentes, vejamos:

A doutrina apresenta no mínimo seis ideologias distintas em relação à força vinculante dos precedentes e ao *stare decisis* a) modelo do Reino Unido (da exegese judicial com definição formal da *ratio decidendi*); b) modelo dos Estados Unidos da América, mais especificamente, modelo de New York (da reavaliação judicial a partir de razões substanciais); c) modelo da França (de divergência entre a previsão normativa de vedação da argumentação por precedentes no ordenamento jurídico e da concepção de que os próprios juízes entendem a *jurisprudência* como orientadora de suas decisões futuras); d) modelo da Itália (consistente em uma derrama/aluvião de precedentes discordantes baseados em premissas mutualmente inconsistentes sincrônica e diacronicamente); e) modelo da Alemanha (consistente em um sistema flutuante entre decisões superáveis por razões concorrentes e decisões formalmente vinculantes quanto as razões, por exemplo, as decisões do Tribunal Constitucional); e f) modelo da Filândia (compreendido como um sistema de precedentes que combina os modelos da *judicial exegese* e *judicial legislatures*, sendo que os precedentes são indicados a partir da ementa da decisão- *headnote*- não formalmente vinculantes, mas com alguma força) (ZANETI, 2017 ps. 391 e 392).

Ou seja, podemos perceber que temos uma variedade de conotações que os precedentes podem tomar, e segundo o autor essas teorias não são puras, elas se entrelaçam a depender da localidade, como visto acima, podemos ter um país que seja extremamente ligado à atividade legiferante, mas que seja vinculado aos precedentes. Temos nesse mister, o caso do Brasil, o novo código de processo civil mais especificamente que previu a obrigatoriedade de observância ao sistema de precedentes, atendendo ao critério formal:

Logo, o modelo brasileiro integra, no sentido de combinar, as grandes tradições jurídicas, albergando a *judicial legislature* e a *judicial exegese*, considerando que a função precípua dos juízes e tribunais é interpretar o direito e que esta atividade será exercida de forma tendencialmente cognitiva, reconstruindo o direito a partir do ordenamento jurídico dado. (ZANETI, 2017 p. 393).

Segundo o autor, adotamos a teoria realista moderada e responsável da interpretação, a qual nos permite reconhecer formalmente e materialmente os precedentes, entendendo o quão é

importante a atividade do intérprete para a boa aplicação da *ratio decidendi*, do *overruling* e principalmente do *distinguishing* do caso concreto. Entende assim que não é possível aplicar um modelo puro no Brasil e é por isso a necessidade da obrigatoriedade dos precedentes, para a redução da discricionariedade judicial e maior racionalidade das decisões que possibilita a aplicação no país da teoria garantista dos precedentes. O modelo instituído pelo código de processo civil reflete a vinculação formal dos precedentes, sendo de suma importância compreender os moldes dessa vinculação.

É com isso que o presente capítulo se ocupa, uma primeira introdução prévia dos precedentes em si para que agora possamos conceituá-los e posteriormente discutir de forma consciente a interferência na independência judicial, questão central do presente trabalho.

3.1 OS INSTITUTOS DO COMMON LAW

Os precedentes são conceituados por Didier (201. p.441): “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

Tucci (2001 p. 12) alega que “todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação(*ratio decidendi*) do provimento decisório.

No mesmo sentido Macêdo (2014) diz que o precedente pode ser conceituado como sendo a *ratio decidende*.

Segundo Didier (2015) a *ratio decidendi* é a interpretação escolhida pela corte para decisão naquele caso concreto, são os fundamentos jurídicos elencados. Para o autor todas as vezes que o julgador decide ele reconstrói duas normas jurídicas, uma geral adquirida mediante o raciocínio indutivo, que decorre da interpretação e da conformação com o direito e a segunda é individualizada para o caso em julgamento. Essa última cuida somente do caso concreto e por tal razão pode gerar coisa julgada, diz o autor.

V. Duxbury (1997, p. 503), conforme citado por Marinoni (2016. p.162) diz que “a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Segundo Marinoni (2017) não tem definição clara no *common law* sobre o que seria a *ratio decidendi* mas que existem métodos que tentam facilitar sua identificação, sendo os mais relevantes o de

Wambaugh e o de Goodhart.

O método de Wambaugh considera que a *ratio decidendi* é decisiva para a conclusão a que se chega, pois do contrário, sem a *ratio decidendi*, não se teria a mesma decisão para aquele caso concreto. As considerações sobre esse método por Marinoni (201, p. 164):

Antes de tudo há de ser cuidadosamente formulada a suposta proposição de direito. Após deve ser inserir-se na proposição uma palavra que inverta o seu significado. Então é necessário perguntar se, caso a Corte houvesse admitido a nova proposição e a tivesse tomado em conta no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Só há precedente se a resposta for negativa.

Esse método tem falhas segundo a doutrina atual do *common law*, diz Marinoni (2016) pois uma Corte para decidir sobre um caso concreto e formular um precedente pode levar em conta mais de um fundamento jurídico que podem dar a mesma solução para aquele caso.

O método de Goodhart se preocupa com os fatos e acredita que a *ratio decidendi* pode ser definida quando da análise dos fatos que foram imprescindíveis para fundamentar aquele precedente e não na opinião do julgador. Interessante é ressaltar que os fatos importantes não são todos, mas aqueles considerados materiais e fundamentais e também a análise parte da decisão que foi resultado desses fatos (MARINONI, 2016). No entanto, o autor alega que esse método é restritivo em relação ao normativo porque é sabido que fatos não se replicam e ainda porque cada caso concreto está contemplado por particularidades que se forem analisadas de maneira abstratas esses fatos poderão ser elencados na mesma classe.

Sobre os métodos arremata Marinoni (2016 p.166):

Deixando-se de lado o teste de Wambaugh e o método de Goodhart, que não poderiam ser esquecidos em virtude da sua notoriedade, importa deixar claro que a identificação da *ratio decidendi* sempre foi buscada em dois pontos, um especialmente preocupado com a identificação dos fatos do caso, já que a *ratio* seria a decisão a respeito deles, e outro com as razões que embasam a conclusão, ou seja, com as razões que anunciam a regra que dá solução ao caso.

Feitas as conceituações sobre os precedentes e a *ratio decidendi*, é importante saber quem é responsável pela definição dessa *ratio* e conseqüentemente do precedente. Nesse sentido Marinoni (2016) diz que a dúvida está em saber se a corte que julgou o caso vai instituir a *ratio decidendi* ou a futura Corte que aplicará o precedente. O autor conclui que pelas garantias da segurança jurídica e da previsibilidade não se pode imaginar que o julgador do novo caso criará uma nova *ratio decidendi*, todas as vezes que julgar o que também não o isenta da obrigação de

compreender essa *ratio*.

A *ratio decidendi* no *common law* é necessariamente extraída da resolução de casos, pois sempre que se invoca casos passados está se invocado as questões decididas nele que podem ser utilizadas no caso atual. No Brasil a vinculação a precedentes não é decorrente da resolução de casos, e a obrigatoriedade resta direcionada a questões que não foram imprescindíveis a resolução do caso, o que acarreta a observância obrigatória a decisões que dão significação a questões levadas ao judiciário mas que não são de fato a *ratio decidendi* daquele caso.

Didier (2015 p. 447 e 448) diz que “o órgão judicial não indica, ou não precisa indicar, expressamente, qual a *ratio decidendi*”. O juiz que analisará e extrairá da decisão a norma legal que vai ou não ser aplicada no caso concreto, diz o autor.

As decisões de admissibilidade, bem como as decisões que julgam o mérito pode formar precedentes, é o que diz Didier (2015) em contraponto a tradição do *common law*, que só forma precedentes a partir de julgados de mérito. Alega o autor que o Supremo Tribunal Federal já tem inúmeros enunciados e súmulas a cerca das questões processuais, o que vai de encontro a essa regra no *common law*.

Temos também a figura do *obiter dictum* que segundo Didier (2015 p. 444): “é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário” [...]. Ainda no entendimento do autor, em regra o *dictum* é aquilo que não fizer parte da *ratio decidendi*.

Marinoni(2016) argumenta que a preocupação do *common law* em diferenciar *ratio decidendi* de *obiter dictum* decorre da valorização dos fundamentos da decisão, uma das principais características dessa tradição. Visto que o sistema de precedentes é vinculante é preciso saber de maneira bem definida aquilo que é obrigatório e o que é argumentativo.

Algumas questões são indiscutivelmente desnecessárias ao alcance da decisão e, assim, são certamente *obiter dicta*. (MARINONI, 2016 p. 170). O autor considera que algumas questões representam excesso de argumentação, pois a análise de determinadas questões nem precisariam ser feitas, e esse é um tipo de *obiter dictum* que não tem o mesmo sentido do *dictum*, dado que esse vai tratar de maneira clara as questões de direito da *ratio decidendi*.

O *obiter dictum* apesar de não ser precedente pode ser visto como um sinalizador da postura daquela Corte sobre determinado assunto jurídico, e futuramente pode ser elevado a

condição de *ratio decidendi*, bem como essa pode ser em outro momento considerada apenas um *obiter dictum*. Um exemplo desse instituto é o voto vencido em julgamento que seja colegiado. (DIDIER, 2015).

Temos também a figura do *distinguishing*, que na concepção de Duxbury (2008 p. 113) citado por Marinoni (2016 p. 232) “é o que os juízes realizam quando fazem a distinção entre um caso e outro”. Para Marinoni supracitado esse instituto demonstra o que difere de maneira fatídica entre o caso que é paradigma e o que está sob julgamento, ou que aquela interpretação não se amolda no caso concreto, sendo necessária uma argumentação pautada na diferença material e na justificativa plausível para não aplicação do precedente, mais do que o apontamento para fatos distintos apenas. Sobre tal instituto discorreremos quando da discussão da atividade interpretativa dos juízes frente aos precedentes.

Um das principais figuras que temos no *common law* é o *overruling* pois representa a possibilidade da renovação do direito desmontando sobretudo as argumentações de parte da doutrina que alega que o sistema de precedentes estagna o direito e o impossibilita de modificar-se.

Segundo Didier (2016 p. 494) “*overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente”. Segundo o autor a Corte que firmou o precedente é também a responsável por superá-lo de maneira expressa ou tácita, sendo nesse último caso quando a própria corte adota posicionamento contrário aquele firmado no precedente.

Tucci(2001) elenca que no sistema de precedentes do Reino Unido só no caso de Bright v. Hutton a câmara dos lordes reconheceu a possibilidade do *overrruling*, mas esse só foi de fato utilizado quando foi editada a *Practice statement of judicial precedent*, uma resolução que possibilitou o que daí passou de fato a ser chamado de *overrruling*.

Os precedentes devem ser revogados quando deixa de ter correspondência com a consistência sistêmica e com a congruência social, é o que alega Marinoni em concordância com Eisenberg, ou ainda quando os valores que dão suporte a estabilidade ou isonomia ou ainda vedação da surpresa injusta não evidenciam a preservação desse precedente.

Explica Marinoni (2016 p. 253) que “um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência”. Bem

como deixa de obedecer à consistência sistêmica “quando deixa de guardar coerência com outras decisões” (2016 p. 234).

Outra motivação para a renovação dos precedentes é quando se desenvolve uma nova concepção geral do direito, diz Marinoni (2016) da certeza de que aquilo que se acreditava a cerca de uma questão jurídica foi modificado por estudos acadêmicos, mudança na doutrina e também nos tribunais, a modificação é na maneira de compreender o direito.

Por fim, outra motivação para o *overruling* é o equívoco ou erro que possa justificar a revogação do precedente, devendo ser um erro claro e evidente de maneira que se o precedente continuar em vigor a aplicação dele restará em injustiça.

No Brasil temos técnicas de superação de precedentes, diz Didier (2015) que elas estão presentes no código de processo civil no artigo 927 §2º e §4º. A regulamentação do paragrafo 2º se preocupa com a necessidade de debate prévio e público por meio de audiências públicas com a participação tanto de pessoas como de órgãos que possam discutir a tese. O paragrafo 4º cuida da obrigatoriedade de fundamentação, para Didier (2015 p. 497) “a decisão que implicar em *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e justificação complementar da necessidade da superação do precedente”.

O *Anticipatory overruling* para Didier (2015 p. 506): é “espécie de não-aplicação preventiva, por órgãos inferiores, do precedente firmado por Corte Superior, nos casos em que esta última, embora sem dizê-lo expressamente, indica uma alteração no seu posicionamento quanto a precedente outrora firmado”. O autor alega que esse instituto não significa descumprimento de precedentes pela discordância do conteúdo, e sim por percepção de que aquela não é mais a orientação da Corte.

No direito Americano o *Antecipatory* é realizado pelas cortes de apelação com relação a precedentes da Corte Suprema. Os argumentos utilizados para procedência da revogação pelas cortes de Apelação são “i) o desgaste do precedente pelas próprias decisões da Suprema Corte, ii) uma tendência da Suprema Corte que permita concluir que o precedente será revogado, iii) ter a Suprema Corte demonstrado que está a espera de um caso apropriado para realizar o *overrruling*. (DIDIER, 2015 p. 261 e 262).

É imperioso que entendamos de maneira clara as conceituações a cerca do *overruling* porque temos em termos de regulamentação, insuficiência de informações de como proceder nos

casos de superação dos entendimentos das Cortes Superiores.

A figura do *overrruling* é importante também para que reconheçamos que o sistema de precedentes não é inflexível, principalmente com a figura do *anticipatory* que possibilita as cortes inferiores não aplicar o precedente, pois sempre a ameaça de praticar injustiça no caso concreto deverá ser afastada pela superação do precedente.

O *overriding* diferentemente do *overrruling* é “quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal.(DIDIER, 2016 p. 507). Segundo o autor nesse caso a superação é apenas parcial.

Ainda sobre o assunto, alega Didier (2015) que no caso do *overriding* não ocorre a superação da *ratio decidendi* apenas uma restrição ao campo de incidência dessa.

O instituto em questão também não se confunde ao *reversal*, pois esse ocorre quando há a reforma por Corte Superior por decisão que tenha sido proferida por instancias inferiores, sendo essa uma técnica de controle e não de superação.

A *transformation* ocorre quando a corte não procedendo ao *overrruling* e nem o *distinguishing* faz uma transformação do precedente sem revogá-lo, ou seja, “a corte nega o conteúdo do precedente, mas deixa de expressar isso formalmente, através do *overrruling*”. (MARINONI, 2016 p. 245). Para o autor essa transformação significa que se deixou de considerar que aquela interpretação dada ao caso concreto é cabível devendo o precedente não ser mais aplicado.

A transformação se utilizada de maneira inconsequente pode ocasionar mal desenvolvimento do sistema de precedentes, ela só é possível quando a própria Corte admite a possibilidade de discussão ainda sobre aquele tema tratado, sendo nos demais casos preferível o *overrruling* pois este é ideal para não utilização de entendimentos que antes eram fixados mas que não atendem mais as especificidades necessárias.(MARINONI, 2016). Entendemos a *tranfomation* como um instituto perigoso quando estamos instituindo um sistema de precedentes em um Estado que até pouco tempo dava legitimidade para a variedade de interpretações no mesmo ordenamento jurídico em prol da independência judicial.

Finalizadas as conceituações que acreditamos ser necessária a desenvoltura do presente trabalho, ainda é preciso classificar os precedentes no direito brasileiro para que em momento oportuno se discuta sobre a instituição e a regulamentação do artigo 927 no novo código de

processo civil.

3.2 CLASSIFICAÇÕES DOS PRECEDENTES NO SISTEMA BRASILEIRO

Os precedentes têm a eficácia jurídica condicionada ao direito positivo do país onde é instituído o respectivo sistema. No Brasil atribuímos aos precedentes alguns efeitos desde o persuasivo como o que resulta na criação da súmula vinculante pela Corte Suprema. (DIDIER, 2015).

O efeito que o precedente pode causar depende da sua *ratio decidendi*, a fundamentação prescindível é relevante para a formação do precedente, mas não é vinculante. No entanto, elenca Didier (2015) que de acordo com o enunciado nº 317 do fórum permanente de processualistas civis “o efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado cujo entendimento tenha ou não sido sumulado”. Ou seja, é necessário que a maioria dos membros que compõe o colegiado concorde com a determinada *ratio decidendi*.

O precedente com eficácia vinculante (*binding precedent*) foi regulamentado pelo artigo 927 do atual código de processo civil e significa dizer que a interpretação dada em determinada decisão das que estão elencadas no artigo é de observação obrigatória pelos órgãos jurisdicionais inferiores. Nesse sentido é necessário esclarecer que além da obrigatoriedade de aplicação pelos demais julgadores, estes deverão conhecer os precedentes de ofício, ouvindo a parte contrária, sob pena de ser uma decisão omissa pela dicção do artigo 1022 também do código de processo civil. Essa regra é extensível para todas as figuras do artigo 927.

Tratando mais propriamente das figuradas elencadas no artigo 927, temos que esclarecer que esse rol não é exaustivo segundo Didier (2015), visto que as demais decisões das cortes superiores vinculam, bem como os demais tribunais quando formulam enunciados ou súmulas também atribuem obrigatoriedade aquele entendimento para o próprio tribunal e os demais julgadores a ele vinculado. Segundo o autor decorre dessa regra a obrigatoriedade de uniformizar a jurisprudência normatizada no artigo 926 do atual código de processo civil.

A classificação dos precedentes obrigatórios no Brasil se dá pelo procedimento de formação. (DIDER, 2015). Temos os precedentes que advém de decisões em controle

concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal elencado no inciso I do artigo 927, ou seja, quando do julgamento em controle concentrado a *ratio decidendi* dele formada deve ser respeitada, o que não se confunde com o respeito a coisa julgada que nesse caso é erga omnes, mas sim de obrigatoriedade de aplicação daquela regra a outros casos similares.

Os precedentes no sistema brasileiro podem decorrer também da *ratio decidendi* de uma súmula vinculante quando do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e súmula quando advier do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, elencadas no inciso II do artigo 927 (DIDIER, 2015).

No código de processo civil de 2015 também foi formulado um microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios composto pelos incidentes de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e de acórdãos em julgamento de recursos extraordinário e especial quando repetitivos. Essa é uma especificidade do sistema brasileiro e nesse caso devem ser considerados todos os argumentos contrários e favoráveis à questão jurídica que está sendo discutida, bem como é imprescindível que na aplicação futura a casos similares se verifique a não ocorrência de *distinguishing* ou *overruling*.

No inciso IV do artigo 927 temos os precedentes oriundos do plenário ou do órgão especial, segundo Didier(2015 p. 466) é “uma vinculação interna dos membros e órgãos fracionários de um tribunal aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial daquela mesma Corte”. Ora, que legitimidade teria um sistema de precedentes em que houvesse uma imposição vertical da obrigatoriedade de respeito aos tribunais e não horizontal e em específico dentro da mesma Corte definidora dos precedentes.

Esse também é o caso de vinculação externa, pois de acordo com Didier (2015) os outros órgãos de instâncias inferiores devem respeito às decisões proferidas em plenário ou órgão especial daquele tribunal a que estão submetidos.

Temos também os precedentes com eficácia persuasiva que de acordo com Didier (2015 p. 456) “é a eficácia mínima de todo precedente”. Não tem eficácia obrigatória, sendo uma direção para realização de uma interpretação adequada.

Os precedentes com eficácia obstativa de revisão de decisões tem o objetivo de impedir que decisões sejam revisadas por recurso ou remessa necessária, para Didier (2015 p.457) “esse impedimento pode ser tanto no sentido de não admitir a demanda, o recurso ou a remessa

necessária, como no sentido de negar, no mérito, de plano, a postulação” Temos como exemplo os precedentes que são formados por enunciado de súmulas pelo STF, STJ ou TJ a cerca de direito local, diz o autor.

O Precedente é autorizante por sua vez “quando é determinante para a admissão ou acolhimento de ato postulatório (como recurso, demanda ou incidente processual)”(DIDIER, 2015 p. 458). Nesse caso temos um entendimento que possibilita que casos iguais sejam recepcionados pela corte para análise, como exemplo temos precedentes que podem interferir em admissibilidade de recursos.

Ainda, os precedentes com eficácia rescindente têm “aptidão para rescindir ou retirar a eficácia de uma decisão judicial transitada em julgado” (DIDIER, 2015 p. 459). É interessante ressaltar que o precedente deve ser anterior a decisão transitada, porque se for posterior caberá ação rescisória. Um exemplo é a possibilidade de revisão criminal com base em precedente que seja mais favorável para o réu argumenta Didier (2015), visto que temos a regra de que a lei só retroagirá para beneficiar o réu.

Por fim, temos os precedentes que possibilitam a revisão de coisa julgada. “Há quem defenda, ainda, que o precedente pode autorizar a ação de revisão de coisa julgada que diga respeito a uma relação jurídica sucessiva (art. 505, I, CPC), como a relação tributaria” (DIDIER, 2015 p. 460).

Após a classificação dos precedentes no Brasil, precisamos descrever as distinções necessárias para a compreensão daquilo que será discutido no terceiro capítulo, pois o equívoco em tais distinções pode acarretar a incompreensão de todo o sistema.

3.3 DISTINÇÕES DE INSTITUTOS DO *COMMON LAW*

Primeiramente precisamos distinguir *common law* com *stare decisis* pois segundo TUCCI (2004), não se pode confundir os dois.

Simpson (1997 p. 77) citado por Marinoni (2016 P. 31) argumenta que:

qualquer identificação entre o sistema de *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes(*binding precedents*), que é mais recente ainda. Além de o *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ele funcionou muito bem como sistema de direito sem os

fundamentos e conceitos próprios da teoria das precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*.

A diferenciação é necessária pois ao longo da discussão do próximo capítulo usaremos os dois como sinônimo por estarmos localizados no lapso temporal em que o *common law* já se utilizava do *stare decisis* como principal regra, mas reconhecemos que em outros tempos se tratam de expressões distintas.

Outra distinção necessária é entre decisão judicial e precedente, pois poderia se imaginar que todas as vezes que se formula uma decisão judicial teríamos um precedente, entretanto diz Marinoni (2016) que precedente só se caracteriza quando a decisão é composta por características específicas, sendo a mais importante delas a possibilidade dessa decisão ser usada como parâmetro pra julgar outros casos. Interessante é ressaltar que o precedente é formado a cerca de matéria de direito e não de fato, diz o autor, visto que os fatos mudam a depender das situações específicas.

Pode-se então concluir que a decisão judicial pode não comportar características que a determine como precedente, ou por não cuidar de questões de direito ou por não ter a maioria dos membros votantes favoráveis a ela, posto que esse seja um requisito necessário à formação do precedente, podendo ainda não se formar precedentes porque o julgador apenas reafirma o que está escrito na lei ou em outro precedente.

É imperioso entender essas distinções porque do contrário todos os tribunais e cortes superiores se encontrariam no direito de formular precedentes sobre toda e qualquer questão como as supracitadas, sendo tal atitude totalmente contraria a coerência do sistema de precedentes. Ademais, se toda decisão judicial fosse precedente, os tribunais inferiores também poderiam atribuir obrigatoriedade as suas decisões contradizendo a unicidade da jurisdição.

Ainda se diferencia de precedentes a jurisprudência, pois de acordo com Zaneti (2017 p. 328) “precedentes judiciais não se confundem com direito jurisprudencial entendido como repetição de decisões reiteradas, por mais que este direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato”. Segundo o autor o precedente é resultado da interpretação de uma norma estabelecido por um tribunal ou corte a partir da análise do caso concreto nas suas acepções fatídicas e jurídicas.

Segundo Zaneti (2017) é comum nos países de tradição *civil law* a jurisprudência, sendo

classificada como fonte indireta do direito não tendo a mesma força vinculante das fontes primárias (leis). É possível de plano notar a diferenciação com os precedentes que podem inclusive ser obrigatórios e se caracteriza como fonte primária quando instituído um sistema de precedentes como atualmente no Brasil.

A jurisprudência, entendida como reiteração de decisões, acaba gerando uma tendência de julgamento de cada corte ou tribunal julgador, e o precedente é a própria decisão a partir do caso concreto. (ZANETI, 2017).

O entendimento dessa distinção nos impede de condicionar à eficácia obrigatória do precedente a aplicação reiterada da decisão, pois sabemos que os contornos da *ratio decidendi* se formam a partir da aplicação pelos órgãos inferiores julgadores, mas a obrigatoriedade advém da decisão em apenas um caso concreto.

Finalmente, precedente não se confunde com súmula pois esta última é um “enunciados dos tribunais acerca das suas decisões, e não uma decisão que se qualifica como precedente”.(ZANETI, 2017 p. 159). O autor defende que os enunciados formulados a partir das decisões judiciais não tem a mesma garantia que o precedente proporciona.

Argumenta Zaneti (2017) que para formar um precedente não é necessário apenas um enunciado sobre a questão jurídica, pois para ser precedente esse enunciado tem que partir da análise resultante do contraditório e decorrer de um processo judicial.

Ainda que no processo de formulação de uma súmula, não participam as partes que foram responsáveis para formar a tese que será o conteúdo de tal enunciado.

Podemos tirar duas conclusões acerca das distinções sobre súmula e precedente. Primeiro, que essa diferenciação é imprescindível para que a dinâmica de formação dos precedentes seja respeitada no Brasil, ou seja, para que as cortes não comecem a formular enunciados indistintamente e imponham esses, como obrigatórios por considerá-los precedentes. Segundo, a importância de tratar dessas distinções se encontra na premissa necessária para a futura discussão sobre as súmulas vinculantes serem elencadas como precedentes no sistema obrigatório regulamentado no Brasil.

Diante de todo o exposto até o presente momento, acreditamos estarem formuladas as premissas necessárias à discussão que estar porvir no próximo capítulo a respeito da independência judicial frente ao sistema de precedentes formal que foi instituído no Brasil a

partir da vigência do atual código de processo civil.

4 A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL E O SISTEMA DE PRECEDENTES

Estamos diante de dois posicionamentos com fundamentos distintos e por vezes equivocados. Aqueles que apoiam o sistema de precedentes e alegam que o mesmo não afronta a independência dos julgadores, e em sentido contrário temos os defensores dos precedentes obrigatórios, os quais argumentam que os mesmos não se contrapõem a independência judicial (JUREK, 2014).

É preciso desconstruir conclusões errôneas a cerca dos conceitos que envolvem os precedentes, apresentados no segundo capítulo, da suposta necessidade da aplicação mecânica desses, bem como da possível independência absoluta no sistema de provas do livre convencimento motivado alegada por parte da doutrina como argumento contrário aos precedentes obrigatório.

Parte da doutrina defensora do sistema de precedentes obrigatórios no Brasil se fundamenta na ideia de que a partir do momento que reconhecemos certa distinção no direito entre o texto e a norma, as mais variadas interpretações normativas podem ser realizadas a partir de cada texto de lei e isso geraria imprevisão e teríamos a isonomia nas decisões comprometida, o que justificaria a eleição de interpretes que pudessem dar o melhor sentido a cada texto jurídico (CAMBI; BRITO, 2013).

Insurgem-se contra tal afirmação aqueles que entendem que naturalmente os juízes não tem plena liberdade para julgar, no entanto estão adstrito a circularidades hermenêuticas, a tradição e a processos de intersubjetividade dentro dos fundamentos constitucionais e não limitados as interpretações realizadas por cortes superiores, mesmo reconhecendo o papel importante dos precedentes (STRECK, 2013).

Inicialmente temos que concordar que os limites interpretativos estão sempre adstritos a constituição, baseados na interpretação conforme, técnica hermenêutica utilizada as luzes da atual constitucionalização do direito.

O que se precisa esclarecer é que um dos fundamentos de um Estado democrático constitucional é a unidade do ordenamento jurídico. A própria constituição tem dupla essência, pois é nomostática, ou seja, na realização da atividade legislativa busca-se a conformação das leis e institutos jurídicos ao conteúdo material de direitos fundamentais de maneira que se mantenha a

estabilidade, pois é necessário imprimir através das regulamentações esse conteúdo substancial, já quanto a parte formal é nomodinâmica existe certa discricionariedade e autonomia do legislador que são, sobretudo permissões da parte substancial dos direitos fundamentais (ZANETI 2017), para elaborar, por exemplo, normas com conceitos abertos que geram possíveis entendimentos.

Defende então Zaneti (2017) que em observância a essa dupla essência constitucional deve ser adotado o modelo garantista, o qual obedece a legalidade, a jurisdicionalidade e a acionalidade e a tarefa de cuidar dessa unidade e coerência não é apenas legislativa, mas também incumbe aos juízes, tribunais e em especial as cortes constitucionais.

Não nos parece cabível diante dessas alegações imaginar que cada juiz ou tribunal julgador interpretando de maneira distinta situações fáticas costumes e tradições, ou ainda questões locais possa contribuir para essa unidade e coerência, o que gera, por conseguinte tratamentos diferentes para situações iguais, efetivando direitos em alguns casos e negando em outros a tutela para indivíduos com o mesmo direito, em especial em um país de dimensões continentais como o Brasil.

Em outros escritos realizados com Abboud, Streck (2014, p.33-34) alega que a incumbência de significação tanto a precedentes como à lei não é algo estático que deve ser realizado por interpretes autorizados de maneira previa e que esse significado seja automaticamente replicado em outros casos.

Primeiramente para que se entenda que os precedentes emanados das cortes hierarquicamente superiores sejam respeitados pelos demais julgadores precisamos compreender que os preceitos constitucionais apontam o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de justiça como encarregados da unidade das normas constitucionais e infraconstitucionais respectivamente (MARINONI, 2016).

O mesmo entendimento tem a escritora Taruffo quando diz que “as verdadeiras “cortes de precedentes” são as cortes supremas (2007, p.27)”. Bem como Chiarloni citado por Zaneti (2017) quando reporta que a atribuição uniforme de sentido à lei é incumbência da corte de cassação e também de todas as outras cortes superiores.

Zaneti (2017) em acordo com Chiarloni entende que a teoria dos precedentes acaba sendo uma teoria pensada para cortes supremas, pois essas não são mais cortes que apenas controlam se

a lei está sendo cumprida, são também as responsáveis pela significação do direito, o que enseja pela coerência do sistema, aplicação nos demais tribunais julgadores. No entanto, as cortes devem obediência a seus julgados e a seus entendimentos, caso contrário estaríamos nos rendendo a uma discricionariedade que nada tem a ver com os precedentes, tanto para aplicá-los como para afastá-los ou superá-los.

Esse é o entendimento o qual nos filiamos, pois basta que imaginemos que uma interpretação equivocada por uma corte sobre o seu papel para que o sistema que era de precedente passe a ser um autoritarismo judicial das cortes supremas, o que foge ao nosso modelo contemporâneo de direito e dos fundamentos constitucionais da separação de poderes.

Nesse contexto podemos perceber que a atividade interpretativa das cortes superiores tem decorrência de fundamentos constitucionais:

A teoria dos precedentes é ligada assim à teoria da interpretação e a atividade de interpretação e aplicação dos direitos pelos tribunais, decorre, portanto da ampliação, no Estado constitucional garantista, dos postulados da jurisdição e acionabilidade (ZANETI, 2017 p.315).

Entende o autor que esses postulados refletem justamente o direito que o indivíduo tem de um duplo grau de jurisdição para que no descumprimento do direito ele seja revisado pelos tribunais superiores. Ademais que se tenha possibilidade de acesso a esses tribunais seja diretamente ou indiretamente por meio de órgãos competentes (2017).

No direito comparado podemos visualizar que no sistema americano do *stare decises* comumente os juízes utilizam regras (*rule*) ou princípios estipulados em casos precedentes para decidir outros casos que sejam correspondentes quanto a fatos e questões legais. Esses precedentes são de observação obrigatória quando são emanados de cortes superiores dentro da mesma jurisdição ou dentro da mesma corte, ou ainda as decisões da suprema corte dos Estados Unidos são vinculantes em todas as outras cortes (FINE 2011).

Ainda em contrário ao que alega Abboud e Streck (2014) sobre a interpretação previa da lei por cortes superiores, no sistema anglo-americano temos o *Holding* que segundo Fine “é a resolução de uma questão legal” (2011p. 72). Pode-se ainda sustentar que o *holding* só tem a fixação do seu alcance quando aplicado e interpretado em casos subsequentes como reconhece a autora e isso poderia descaracterizar a obrigatoriedade da aplicação da interpretação previa realizada pela corte como defende Streck (2016) quando alega em sua coluna que os precedentes

do *common law* não são para resolver casos futuros, que as decisões não são desde logo precedentes mas que sua aplicação posterior é eventual. No entanto, o fato dos juízes poder interpretar e determinar o alcance do *holding* em casos anteriores, o que inclusive gera independência ao julgador, não significa que não estejam vinculados a aplicação daquele precedente.

Zaneti (2017) a cerca da afirmação que as cortes supremas são as únicas legitimadas para formulação dos precedentes obrigatórios tem algumas ponderações, pois acredita que não é possível limitar os precedentes às cortes supremas, pois as decisões advindas dos demais tribunais devem ser respeitadas, limitando-se por obvio a esfera de influência formal. O autor entende que as cortes supremas na matéria local podem ser tanto os tribunais de justiça como ou tribunais federais, obedecendo a hierarquia formal do sistema judiciário e a competência de cada tribunal.

No direito comparado tal afirmação tem embasamento, visto que na organização judiciária estadunidense, por exemplo, as decisões que vinculam são as das cortes supremas dentro da mesma jurisdição, bem como as decisões da mesma corte. As decisões da corte suprema vinculam todas as outras, mas as decisões do tribunal de apelação federal só obrigam quando do mesmo circuito e as decisões de uma corte distrital só vinculam as partes do caso concreto em análise (FINE 2011). Interessante é ressaltar que essa preocupação de obediência das decisões em relação às cortes prevalentes mesmo que elas não sejam superiores atende o dever de unidade das interpretações jurídicas e consequentemente do direito.

Podemos concluir que é da natureza do sistema de precedentes, a eleição de intérpretes autorizados para dar significação as leis de maneira que ela seja uniforme e possa realizar os intuitos da jurisdição efetiva no estado contemporâneo. Esses intérpretes são nos diversos sistemas as cortes superiores.

4.1 A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL EM XEQUE?

Como já dito anteriormente, a doutrina brasileira se divide entre aqueles que defendem um sistema de precedentes por acreditar que a variedade de interpretações que a leitura de uma norma oferece é nociva ao direito, e em contrapartida temos aqueles que entendem que por

diversos fatores os precedentes impositivos são problemáticos, dentre eles a afronta a independência judicial e a liberdade decisória dos juízes (CAMBI;BRITO, 2013). Importante entender que o que se pretende dizer é que não só os juízes, mas o judiciário como um todo teria comprometida a sua independência.

Não se pretende fazer um retrospecto histórico a cerca da independência judicial, pois se trata de caminho logo e tortuoso, seria assunto para uma monografia, então parte-se do pressuposto do momento atual ao qual se encontra solidificado a plena independência do julgador, o sistema de provas assentado contemporaneamente do livre convencimento motivado e principalmente da liberdade política que goza hoje o judiciário, mas é imperioso entender algumas conceituações a cerca das teses dessa independência e nos termos que são firmados.

Na atual constituição de 1988 temos as garantias da inamovibilidade, da vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos para magistrados (MATHIAS, 2009). São essas garantias dos juízes para julgar com comprometimento com o direito e não com interesses próprios ou alheios. A definição de independência judicial:

Podemos definir a independência do Judiciário como a condição, garantida pelas normas constitucionais e pelas práticas políticas, de os órgãos do Judiciário tomarem suas decisões administrativas e jurisdicionais com base em suas convicções do que é devido, segundo o sistema de fontes do direito constitucionalmente estabelecido, sem receio das consequências ou represálias advindas dos outros poderes, políticos ou sociais. (SAMPAIO, 2007, p. 4).

A independência judicial evidenciada no conceito de Sampaio pode ser visualizada sob três enfoques elencados por Facchini Neto (2009), a independência da magistratura interna, externa e psicológica.

Sampaio (2007) diz que: A independência “externa”, “objetiva”, “institucional”, “orgânica” ou “coletiva” refere-se à autonomia do Judiciário como Poder em face das forças exteriores, sejam elas os outros poderes, os partidos políticos, a imprensa ou mesmo a sociedade civil. (p. 130). Trata-se de um dos corolários do princípio da separação dos poderes, pois não pode o poder executivo ou legislativo influenciar nas decisões do judiciário que digam respeito a suas atividades típicas, regra que obviamente não é absoluta, de maneira que o poder judiciário esteja livre para entender dentro dos limites constitucionais e legais como julgar.

A independência interna para Facchini Neto (2009) está relacionada com a liberdade do juiz de maneira singular em relação aos graus superiores, não obstante o grau recursal ser

responsável por revisar as decisões desses magistrados. Sampaio (2007) explicita claramente:

A independência “interna”, “decisória”, “subjéctiva”, “funcional” ou “particular” é, como o nome está a dizer, a do juiz em face de seus pares, seja os de mesmo nível, seja os de nível superior, e ainda das entidades ou de outros órgãos do próprio Judiciário, não podendo sofrer pressões ou influências, além de sua consciência e do direito, na hora de decidir ou na condução dos processos sob sua responsabilidade, sujeitando-se apenas ao poder revisional previsto em lei (p. 140-141).

Acerca da independência psicológica, temos que é “a possibilidade de os juizes desenvolverem raciocínios jurídicos livres de condicionamentos decorrentes da manipulação e uniformização da opinião pública pelos centros de poder político e econômico.” (FACCHINI NETO, 2009, p. 127). O autor ainda trata que tal independência é a mais complexa de se realizar, bem como também se preocupa que o julgador se encontre legitimado para decidir em total contrassenso ao que espera e aceita a sociedade da qual participa, tomando decisões totalmente desnorteadas dos preceitos sociais.

De acordo com Facchini Neto (2009) é importante entender que a independência externa e interna são partes integrantes da mesma problemática, ou seja, elas estão interligadas, a interferência na interna necessariamente influi na externa e a recíproca é verdadeira. Argumenta ele também que uma preocupação é que, levando em conta essa interdependência, basta que ocorra influência sobre os poucos membros de cortes superiores que os demais magistrados estarão indiretamente comprometidos.

No mesmo sentido Sampaio (2007), tratando da relação entre a independência externa e a interna há receio de se utilizar as nomeações para os órgãos de superiores como meio de influenciar politicamente todos os ramos inferiores do Judiciário.

O juiz que goza da independência interna é aquele que julga de acordo com sua consciência e baseado no direito, logo a liberdade decisória é corolário da independência interna, pois não deve esse juiz ser influenciado tanto por órgãos superiores ou de hierarquia igual na organização judiciária. Essa influência sendo para Sampaio tanto aquela que diz respeito a entendimentos sobre questões jurídicas como por meios administrativos. Acredita-se que o juiz tem autoridade por ter preparação, intelectual e moralmente, para julgar. (SAMPAIO, 2007).

Até o presente momento tratamos da independência judicial de maneira que pudéssemos entender suas teorias individualmente, apenas relacionando-as entre si. No entanto, a partir de agora passamos a compreender a correlação dessa independência com as decisões judiciais e

posteriormente com os precedentes em si.

Entende-se que faz parte do núcleo conceitual da independência judicial que se possa interpretar a lei para que se aplique ao caso concreto. Se for imposto ao juiz a privação de sua autonomia e submissão a entendimentos pré-determinados, não será mais necessário a figura do julgador (GOMES, 1997).

No mesmo mister, Dantas e Feliciano (2012), alega que deve ser proporcionado aos julgadores autonomia pessoal e plena liberdade de convicção para desempenho de sua atividade judicial e não é possível limitações nem mesmo por parte das instâncias superiores do próprio judiciário. Defendem ainda que os juízes de primeiro grau podem discordar juridicamente de qualquer corte superior.

Ainda em defesa da liberdade de decidir em detrimento do sistema de precedentes alguns autores se utilizam do sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional como argumento pois de acordo Tourinho Filho (2012) no atual sistema de prova do Brasil o juiz tem completa liberdade na valoração de provas. O que, por conseguinte serviria como motivação para que o juiz assim como interpreta as provas também interprete a lei livremente, o que impossibilitaria o sistema de precedentes no Brasil.

Podemos concluir que a independência judicial que se opõe a implantação do sistema de precedentes no Brasil se encontra equivocada quanto ao papel do julgador no atual estado contemporâneo, saímos de um extremo do positivismo jurídico do juiz que só aplicava a lei sem análise dos componentes sociais históricos e fáticos para uma discricionariedade exacerbada que nos proporcionou uma jurisprudência lotérica. Passamos a compreender os limites tênues entre a independência judicial e o chamado solipsismo dos intérpretes.

Defende Heidegger, citado por Streck (2013, p.60), que a conexão entre a metafísica moderna é o sujeito da subjetividade “imaneente”, o *solipsista* que acredita que a sua consciência constrói a verdade de maneira individual, é o egoísta na tradução mais popular. No mesmo sentido, Blackburn, mencionado por Streck (2013, p.61), afirma que o solipsismo “é a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles”.

Streck (2012) elenca que não se pode imaginar que o direito, leis, precedentes e a própria

doutrina se baseia apenas no ponto de vista pessoal criado a partir da razão e dos sentidos de quem interpreta. É necessário que se tenha um ponto de partida objetivo, um conhecimento que possa servir como parâmetro “[...] é como se antes, no exegetismo, nada fosse permitido (tudo já estava dado pelas estruturas da lei); agora, nada mais será proibido ao intérprete (já que ele terá um espaço para conformar sua soberana vontade)” (p.46-47). Interessante é ressaltar que Streck é um dos críticos ao sistema de precedentes, no entanto não concorda que o julgador tenha plena liberdade para julgar, nem para analisar provas pelo sistema do livre convencimento motivado, a diferença é que ele encontra limites a essa atividade julgadora nos próprios elementos hermenêuticos e linguístico, e os defensores dos precedentes acreditam que a limitação deve também ser estabelecida por interpretações legais prévias das cortes superiores quando da análise de casos concretos.

Acerca das teorias interpretativas, preocupação central do presente trabalho têm que levar em conta as ponderações realizadas por Zaneti Jr. que elenca, dentre outras as teses, as desenvolvidas por Jerzy Wróblewski e de Luigi Ferrajoli, no seu livro que trata do valor vinculante dos precedentes.

Zaneti (2017) elenca que o próprio positivismo tem inter-relação com as teorias interpretativas e argumentativas porque no atual modelo garantista jurisdicional que estamos inseridos, a discricionariedade que é parte da natureza jurídica do positivismo precisa ser controlada. Entende o autor que esse modelo garantista está de acordo com as mudanças do direito e com a obrigatoriedade dos precedentes judiciais.

Os julgadores não aplicam a teoria da interpretação e da argumentação intencionados pela limitação de sua atividade interpretativa, mas sim como sinônimo de permissividade para tratar de maneira subjetiva e decisionista o julgamento nos casos concretos. E é necessário justamente a mudança de consciência e de atitude, pois no modelo garantista judicial que nos encontramos temos fundamentos que se buscam resolver a questão da limitação decisória bem como a busca pela integração desemboca no reforço da necessidade de se instituir um sistema de precedentes que cuide das lacunas e antinomias que o sistema jurídico inevitavelmente possam ter.(ZANETI, 2017).

Temos em jogo mais uma vez a preocupação com coerência do sistema que pode, a depender de sua utilização correta, favorecer ou renegar direitos fundamentais em suposto

conflito com a liberdade de interpretar dos julgadores. No entanto, mais uma vez poderemos perceber, pelas teorias que passaremos a tratar que a interpretação judicial inclusive faz parte do sistema de precedentes e nada tem contra ele.

A própria teoria interpretativa foi modificada a partir das mudanças do Estado contemporâneo e da formulação de um Estado garantista, inclusive por meio do processo e da jurisdição. Zaneti (2017) cita as teorias da justificação externa e interna de Jerzy Wróblewski de 1971 e a teoria da interpretação operativa como corolários dessa mudança.

Explica Zaneti (2017) que a teoria da justificação externa seria o próprio controle lógico-formal da interpretação partindo do conteúdo que compõe a própria decisão, e “o controle que daí advém tem por objetivo evitar que a decisão deixe de seguir uma fundamentação interna coerente com os resultados obtidos ao final” (p.163). Em contrapartida, a justificação externa cuida da fundamentação das premissas que formam a decisão, aqui se preocupa com os fatos e argumentos jurídicos que formam a decisão, tendo como objetivo “o controle da solidez, da correlação, das premissas fáticas e jurídicas da decisão”(p. 163). As considerações sobre tais teorias por Zaneti(2017, p 163) são:

A combinação destes métodos de justificação permite resgatar o silogismo judicial como forma de controle interno da fundamentação das decisões a partir das próprias premissas estabelecidas pelo julgador e, ao mesmo tempo, controlar, mediante a verificação da argumentação jurídica desenvolvida, a solidez no processo de escolha das premissas fáticas e jurídicas.

Quanto a interpretação operativa de Ferrajoli, Zaneti (2017) elucida que tal teoria foi utilizada na formulação das teses acima citadas porque quando Wróblewski faz a distinção dos três tipos de decisões ele trata das decisões que dão significação as normas legais e delas participa a interpretação operativa. Segundo o autor “a necessidade de interpretação operativa como forma de explicitar um conteúdo reconstruído pelo intérprete a partir dos significados extraídos dos textos legais” (2017 p.164).

Zaneti (2017) alega que a interpretação operativa é importante para a formulação dos precedentes porque sendo esta uma modalidade de interpretação e de aplicação ela adiciona convicção a lei no seu conteúdo indeterminado. Essa interpretação, diz o autor se realiza em concreto se dá na relação da aplicação do direito aos fatos, existe assim uma ligação entre interpretação e aplicação.

O resultado da interpretação operativa que virá a constituir no futuro o precedente (ZANETI, 2017, p. 167). E como os demais doutrinadores citados no presente trabalho o autor entende que esse resultado é o que concorre para a lógica do sistema judicial, para a coerência. Imaginemos pois, que de uma interpretação operativa se extraia um resultado em um dado momento e localidade, no mesmo Estado garantista não seria pois cabível que da mesma correlação dos mesmos fatos com a mesma lei em outro lugar se desse um resultado diferente.

Em contrapartida ao que se prega pela coerência do sistema judicial e do modelo atual de Estado garantista dotado de força para fazer cumprir a tutela de direitos por meio da jurisdição, como consequência de equívocos na própria compreensão dos limites que tal modelo impõe as tarefas dos operadores temos uma jurisdição fraca e fadada ao insucesso.

Pode-se notar pela mera observação da prática judicial que nos encontramos em uma constante insegurança, pois os entendimentos mudam de um dia para o outro ou de uma localidade para outra, ou até mesmo dentro de um mesmo tribunal a depender de qual juiz receba o caso pelo sistema de distribuição. Pode-se comparar tal situação como uma patologia segundo Marinoni (2016, p. 55):

É preciso colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com as Cortes Supremas. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência do direito e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disso, não deve transformar a sua decisão em obstáculo que precisa ser contornado mediante a interposição de recurso, violando o direito fundamental à duração razoável do processo. Como é evidente, diante de casos distintos o juiz não precisa decidir de acordo com o que já foi fixado em precedentes. Cabe-lhe, nesta situação, realizar o que se conhece por *distinguished*, ou seja, a diferenciação do caso sob julgamento.

Uma das considerações mais importantes para se entender que o sistema de precedentes não afronta a independência judicial é compreender que “quem deve respeito aos precedentes é o judiciário” (MARINONI, 2016, p.152). Segue o autor explicando que não se pensa que apenas os juízos inferiores estão obrigados a respeitar os precedentes e que é preciso compreender que a questão em si não é submeter o juízo inferior ao superior, mas sim a necessidade do próprio poder judiciário respeitar as suas próprias decisões passadas.

A medida que diferencia os juízos é a competência.(MARINONI, 2016). Contra o argumento que a independência judicial está ameaçada pelo sistema de precedentes, Marinoni (2016) diz que é como se para o juiz fosse indispensável atribuir sentido a lei, mesmo que a corte

superior a qual incumbe fazer, já tenha dado significação àquela norma. Ao que se parece a independência se condiciona em decidir ao contrário das cortes supremas, no entanto a consequência disso é tratamento discrepante entre casos idênticos.

Importante é se pensar que, o sistema judicial brasileiro é dividido por competência e por isso temos vários órgãos judiciários e tribunais, dentre eles as cortes superiores às quais se incumbe significar as leis infraconstitucionais e constitucionais. Toda essa organização se dá para que a justiça seja realizada no caso concreto de maneira racional e igualitária. (MARINONI, 2016). No mesmo sentido o autor argumenta que o fato do nosso sistema ser organizado de maneira que uma só causa possa ser analisada por vários órgãos é a maior prova de que o judiciário é sim competente para atribuir sentido a lei e resolver o caso concreto por meio dele.

Ora, se temos uma jurisdição una, como podemos admitir que casos iguais sejam resolvidos de maneiras diferentes?

Marinoni (2016) reconhece que a preocupação é que tenhamos um sistema racional e igualitário, pois é do próprio judiciário o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva e coerente, e nesse mister é imprescindível se entender “que o cargo de juiz não existe para que aquele que o ocupa possa proferir “a sua decisão”, mas que possa colaborar coma prestação jurisdicional”(p.151).

Percebemos que mesmo que sejamos adeptos do *civil law*, a estruturação do judiciário brasileiro, ainda quando não estavam instituídos os precedentes, mostra que já atribuíamos ao Supremo tribunal federal e ao Superior tribunal de justiça a tarefa de dar a última palavra quando se trata da atribuição de sentido a lei e a constituição. O maior exemplo que temos é quando o Supremo atribui um novo sentido a um dispositivo constitucional motivado pela mutação constitucional.

Estamos no Estado de direito e é evidente que a ordem jurídica precisa ser coerente, as decisões precisam de uma unidade, o contrário além de constituir uma lógica descabida ainda é adversa aos fundamentos do tipo de Estado qual estamos inseridos. (MARINONI, 2016).

No direito comparado temos o Tribunal Constitucional Português que assim como nos enfrentou as críticas aos assentos por receio da independência judicial acabar comprometida. Em um acórdão o Tribunal supracitado explicita que a submissão pelos tribunais à jurisprudência tem bastante proximidade com o que ocorre quando os recursos ocasionam modificações nas decisões

julgadas em primeiras instancias mesmo que os juízes não concordem (MARINONI, 2016). O mesmo se aplica no Brasil, pois temos um duplo grau de jurisdição e em situações definidas os recursos podem chegar até o supremo e lá ter as decisões anteriores modificadas, sendo obrigatória a aceitação pelas demais instancias, mesmo que a última decisão seja contrária a todas as anteriores.

Ainda se alega que a obrigatoriedade dos precedentes violaria o princípio do juiz natural, mas por todo o exposto, diz Marinoni (2016) que recaí no equívoco de tal alegação aqueles que ainda entendem que o juízo não pode está obrigado a aplicar o precedente por não compreender que o judiciário como um todo tem vinculação ao precedente e não apenas os juízes.

Outra questão que concerne a independência judicial é a questão da garantia da imparcialidade, e segundo Marinoni (2016), nos sistemas de *civil law*, se acredita que a mera fundamentação garante que os juízes julguem de forma imparcial, e mais ainda que a fundamentação é o meio de demonstrar essa imparcialidade. No entanto, quando se “permite decisões dispares a casos iguais, o sistema estimula o arbítrio e a parcialidade. Se o juiz pode atribuir significados distintos a mesma norma o juiz parcial está livre para decidir como lhe convier, bastando justificar as suas opções arbitrárias” (p. 130).

Citando MacCormick, Marinoni(2016) elenca que em *Rethoric and the rule of law* é evidenciado que existe correlação entre o princípio da imparcialidade e a atitude de tratar de maneira igual os casos iguais, é o princípio *treat like cases alike*, ou seja, a aplicação da mesma justiça independente de quem seja as partes ou quem julga. Sabemos, pois, que uma das principais preocupações do sistema de precedentes é o tratamento igualitário dos casos concretos, o que se amolda perfeitamente a regra da imparcialidade, como já afirmado acima.

Também sobre a imparcialidade, a compreensão de que no sistema de precedentes, a interpretação neles firmada refletirá nos casos futuros obriga que o julgador tenha maior responsabilidade, diz Marinoni (2016).

Logo, podemos entender que a independência judicial encontra limites no princípio da imparcialidade, o juiz não é como dito por parte da doutrina, absolutamente livre para julgar, e a regra de imparcialidade está embutida no sistema de precedentes, o que configura mais uma razão para o respeito aos precedentes no Brasil.

Precisamos nos atentar para outro problema que ocorre devido a absoluta liberdade

decisória no sistema do *civil law*, que é o regionalismo das decisões. Marinoni (2016) explica que a afirmação de que o juiz pode decidir de acordo com sua convicção fortifica o regionalismo, que é quando os tribunais de justiça e tribunais regionais federais entende ser possível elucidar o direito federal e estadual cada qual de acordo com a sua localidade. É evidente que tal posicionamento não coaduna com os fundamentos da jurisdição contemporânea e ofende a coerência do direito.

Temos que falar também do controle de constitucionalidade no Brasil, pois ele pode ser realizado pelo juiz ou tribunal e isso coloca o juiz em posição de destaque no *civil law*, sendo então um poder-dever que o juiz tem de realizar o controle de constitucionalidade. Tal fato é bem particular do sistema brasileiro, porque todas as vezes o julgador deve, na resolução do caso concreto, analisar se a lei esta conforme a constituição, podendo negar-lhe aplicação ou não e ainda declarar parcialmente a nulidade ou suprir omissão legislativa quando estiver em jogo algum direito fundamental. (MARINONI, 2016). Ressalta ainda o autor que no caso do Brasil, onde o sistema de controle de constitucionalidade é misto e o Supremo tribunal federal é a última instância para tratar de questões constitucionais aplicáveis ao caso concreto bem como exclusivo legitimado para realizar o controle abstrato de constitucionalidade não parece cabível aceitar que os tribunais inferiores julguem contra aquilo que já foi firmado pelo próprio Supremo.

Por fim, sobre o sistema de controle de constitucionalidade e a independência judicial é mister elucidar que o controle difuso não é ato permissivo para que haja o descumprimento das decisões do Supremo, pelo contrário, o fato da Corte suprema poder dar a última palavra sobre a constitucionalidade que o próprio tribunal arguiu em controle difuso, só demonstra que a logica está na obediência também dos precedentes.(MARINONI, 2016).

Das premissas citadas acima, podemos extrair ainda mais a necessidade da instauração de um sistema de precedente, diz o autor, porque é deferido aos magistrados “a afirmação judicial do significado da constituição (2016, p. 62)”.

O atual processo civil se encarregou de dar tanto ao juiz como aos litigantes maiores poder na condução do processo, visto que os modelos processuais anteriores tina dificuldades em acompanhar o desenvolvimento do direito material, bem como que já era sabido que o legislador não dava conta de criar institutos jurídicos suficientemente correspondentes a cada direito fundamental. Nesse cenário o legislador viu na opção dos conceitos indeterminados a solução

para efetivação de direitos (MARINONI, 2016). Segue o autor dizendo que essas normas foram criadas pela necessidade de que os próprios envolvidos no processo, juiz e partes, pudessem identificar qual técnica processual deve ser utilizada. Como exemplo claro da realização desse intuito é o princípio da instrumentalidade das formas, que permite por muitas vezes que seja aproveitado do processo aquilo que seja cabível com a finalidade para que foi idealizado pelo postulante.

Tratar de cláusulas abertas no presente trabalho é fundamental, pois quando o juiz se vê com o poder-dever de preencher esses conceitos abertos, diz Marinoni (2016) é importante ter parâmetros que podem ser claramente delineados pelo sistema de precedentes, dado que esse garante segurança tanto para as partes como possibilita a consciência do conteúdo que preencherá esses conceitos indeterminados, bem como facilita saber qual a melhor técnica processual para os casos concretos que já tenham sido objeto de julgados anteriores (MARINONI, 2016).

Por fim, temos a situação em que na ausência de lei o juiz precise proferir uma decisão judicial no sistema do *civil law* Marinoni (2016) alega que nesse sistema judicial mal se admite a possibilidade da ausência de lei, mas que sendo essa uma realidade é preciso pensar como o juiz no caso concreto criaria a norma jurídica, tendo em mente que na atua conjuntura constitucional contemporânea a jurisdição não pode se esquivar de tutelar direitos.

Invoca o autor que a criação da norma jurídica não quer dizer a criação norma individual do caso concreto ou da norma geral criada pelo legislador, está além disso, na construção a partir da relação entre o caso concreto, do texto da lei e das normas constitucionais. A decisão judicial está sempre limitada pelos direitos fundamentais e a própria ausência de lei representa uma violação a direito fundamental, e só por isso se justifica a atuação judicial com fulcro na falta de lei (MARINONI, 2016). Ou seja, só pode se dizer que o juiz atua na falta de lei por não ser possível negar tutela judicial com base na omissão legislativa.

Marinoni (2016), diz que, no entanto, não se quer dizer que na ausência de lei cabe ao juiz o mesmo poder legiferante, trata-se apenas de um “controle de eficiência” e a tutela na ausência de lei se limita as exigências mínimas para realização dessa eficiência. Por isso não tem o precedente obrigatório o ideal de sobrepor a lei.

É importante ressaltar que no caso concreto e na ausência de lei é importante ter um sistema de precedentes que cuide dessas omissões de maneira que o mesmo tratamento dado a

alguns casos seja para outros, de maneira uniforme e coerente.

Até aqui pudemos analisar diversas razões pelas quais o sistema de precedentes não se caracteriza como uma afronta à independência dos julgadores, ademais que o equívoco dessa afirmação está muito mais na análise errada do que se configura como independência judicial e a quem ela serve do que em teorias solidificadas que realmente demonstrem essa afronta. Ainda como solução a temerária aplicação mecânica dos precedentes após sua solidificação e como saída pra que os juízes possam analisar se o caso concreto se amolda aos precedentes, evitando, sobretudo a supressão da tutela de direitos fundamentais, temos a análise do *distinguishing* que passamos a discutir.

4.2 O *DISTINGUISHING* COMO ATIVIDADE INTERPRETATIVA

A preocupação da doutrina contrária ao sistema de precedentes transcende a questão da interpretação da lei que forma o precedente, o receio está na aplicação do precedente se tornar uma atividade mecânica e indistinta, o que acabaria por gerar um retrocesso quanto a conquista de uma jurisdição democrática e preocupada em efetivar a tutela de direitos fundamentais, principal papel do processo, sendo assim uma preocupação válida, mas que encontra na própria teoria dos precedentes uma resposta. Como passamos a tratar:

Agora, vêm as perguntas: após essa atividade produtiva de atribuição de sentido ser realizada por um tribunal superior sobre determinado dispositivo de lei, por exemplo, as interpretações posteriores do mesmo texto legislativo serão meramente reprodutivas? E as interpretações posteriores do precedente que aplicou esse dispositivo de lei serão automáticas, mecânicas? O precedente não é um texto que, como qualquer outro, também se diferencia da norma que dele se pode “extrair”? (JUREK, 2014, págs. 58,59).

É preciso esclarecer que a aplicação do precedente em si, quando realizados dentro das regras e técnicas de confronto, não significa aplicação mecânica ou estanque como mencionado pelos autores supracitados bem como por parcela da doutrina contrária aos precedentes. Poderemos perceber quando entendemos como se opera o *distinguishing*.

Nos casos de vinculação o órgão julgador deve averiguar se o caso concreto guarda similitude com o caso paradigma através do método comparativo como leciona Didier, Braga e Oliveira(2015, p.491):

“à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio*

decidendi(tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores.

No mesmo sentido leciona Marinoni(2016) que a *ratio decidendi* deve ser vista de forma dinâmica e não como regra em abstrato de maneira que sua aplicação tenha a ver com os casos cotidianos. Diz o autor que “o precedente tem o objetivo de regular o futuro e, assim, uma das questões centrais de qualquer teoria dos precedentes deve estar na aplicação da *ratio decidendi* aos novos casos(2016. p. 231). Ainda, que o *distinguishing* deve ser realizado pelo juiz com prudência e partindo de critérios, bem como que esse instrumento não é um meio para que o precedente não seja aplicado.

Os estudos desenvolvidos pela escritora Americana Fine, no seu livro Introdução ao sistema jurídico anglo-americano (2011) nos revela a importância da interpretação no caso concreto para esse sistema, pois segundo a autora fica a cargo da corte que julga propriamente o litígio determinar até que ponto as razões de direito elencadas no precedente são extensíveis aqueles fatos específicos do caso, visto que este é munido de particularidades. Esse fato não retira dos precedentes americanos a autoridade vinculante, pois sejam eles persuasivos ou obrigatórios afirma a autora “Se a corte conseguir fazer a distinção dos fatos ou da questão legal apresentada em um caso que formou a base para o precedente então deverá afastar-se deste precedente”. (2011, p. 69)

É possível visualizar um panorama em que temos interpretações prévias de institutos jurídicos servindo a coerência e unidade judicial, mas de maneira que se cumpra por meio de regras específicas o respeito ao caso concreto e ainda possibilite a liberdade de interpretação judicial pela crença de que pelo *distinguishing* trataremos os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual na medida de suas desigualdades.

Didier, Braga e Oliveira (2016) entendem que esse direito a distinção é decorrência do princípio da igualdade sendo incito ao julgador a obrigação de realizar tal passo no procedimento de aplicação de um precedente, bem como que o direito brasileiro, na sua legislação, deve destacar e tratar da distinção de maneira que em todos os precedentes, vinculantes ou não, se proceda com o *distinguishing*. Elenca os autores que esse é o entendimento do fórum permanente de processualistas, em um dos seus enunciados.

Argumentam ainda os autores que esse instituto permite perceber a maleabilidade do

sistema de precedentes, inclusive que é importante essa percepção para se desnudar o entendimento de que o juiz se torna um autômato que não tem nenhuma escolha se não aplicar o precedente. “Assim como o juiz precisa interpretar a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi*” (2016. p. 493).

4.3 PRECEDENTES COMO “POSTO” NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

É de extrema importância esclarecer que o posicionamento desse trabalho pela concordância com a instituição formal de um sistema de precedentes, o que na prática já vem ocorrendo, não se encontra firmado na regulamentação inovada pelo código de processo civil de 2015, se defende sim que seja vinculativa as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, mas nem todas as hipóteses elencadas no artigo 927 estão de acordo com o sistema de precedentes do *common law*.

Esclarecemos, no entanto, que o presente tópico não tem a intenção de discutir tal problemática de maneira aprofundada, nem esgotar o assunto, muito menos de dar visão as possíveis teses e posições que possam surgir da presente questão, o que se pretende é deixar claro que o sistema de precedentes obrigatórios que se defende é amoldado nos mesmos termos que o *Stare decisis*, e para sustentar tal posição passamos a tratar de pontos específicos que evidenciem o que está sendo alegado.

O sistema de precedentes no Brasil foi regulamentado no código de processo civil de 2015 no seu artigo 927:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I -as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II- os enunciados de súmula vinculante;
- III- os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV- os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V- a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10º e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Segundo Marinoni (2016), a regulamentação acima explicitada elenca algumas figuras que devem ser respeitadas pelos julgadores, no entanto elas não têm homogeneidade, temos um emaranhado de institutos criados e regulamentados, mas nenhum deles é de fato o precedente propriamente dito. O autor, assim como é nosso entendimento, se preocupa pela ausência de tratamento do que de fato é os precedentes, não trata de *ratio decidentie*. Em outras palavras, o legislador brasileiro tratou de coisas aquém do sistema de precedentes que se pretende instituir baseado no *common law* e esqueceu de regulamentar aquilo que de fato era preciso tratar, *distinguishing*, *overruling*, e a vinculação dos precedentes em si, que seriam as decisões do Supremo Tribunal e do Superior Tribunal.

Das problemáticas que temos nessa regulamentação que estamos tratando, elencar a obrigatoriedade das decisões do Supremo em controle concentrado de constitucionalidade parece um contrassenso, sendo elenca Marinoni (2016) porque essas decisões já tem eficácia *erga omnes*. Mesmo com o equívoco o autor argumenta que é imprescindível elucidar que a *ratio decidendi* das decisões no controle concentrado é vinculativa e é de observância obrigatória pelos demais julgadores.

Temos problemas também com os incidentes instituídos e elencados como precedentes, tanto o de assunção de competência como o de resolução de demandas repetitivas, bem como nós julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos. Para Marinoni (2016), esses incidentes têm grandes distinções com relação ao sistema de precedentes, pois as decisões que

geram precedentes são paradigmas que devem ser observados pelas cortes inferiores de julgamento e não buscam resolver casos pendentes ou que busquem “prevenir casos que podem aflorar em virtude da relevância social da questão de direito (assunção de competência)” (p. 286). Esses estão voltados para resolver casos de massa ou com questões múltiplas, diz Marinoni (2016).

Sobre os recursos extraordinários e especiais, em multiplicidade, por si só não justifica a necessidade de análise pelas cortes superiores, pois no caso dos extraordinários é imprescindível a repercussão geral e da mesma forma o superior tribunal não vai julgar recursos especiais apenas por estarem em grande número. Ainda esclarecer que a obrigatoriedade não está condicionada a recursos extraordinários ou especiais repetitivos, todas e qualquer decisão desses recursos por ser emanada de uma corte suprema que cumpre o papel de garantir a unidade do direito é vinculativa por simplesmente ser inerente ao sistema de precedentes e não por ser repetitivo (MARINONI, 2016).

Ainda temos a figura das súmulas vinculantes e das súmulas do Superior Tribunal de Justiça, são segundo Marinoni (2016) enunciados resultantes da interpretação realizada pelas cortes superiores. Para o autor a súmula anuncia a tese, mas não explica a sua determinação e nem justifica que ela seja adotada no caso concreto, ao contrário da *ratio decidendi* dos precedentes que explicita a racionalidade da tese, o porquê da escolha daquela e não de outra, dentro das muitas possibilidades de interpretação possíveis.

Diz Marinoni “Ora, se é preciso analisar precedentes, não há motivo para pensar em súmula, a não ser que se esteja ainda a confundir precedentes mera decisão recursal.” (2016, p.287). No mesmo sentido entende o autor sobre a súmula vinculante, entendendo que ela deve estar em conjunto com o precedente que tenha sido fixado a partir do julgamento no caso concreto de um recurso extraordinário, ou ainda se torna desnecessária a formulação das vinculantes, o precedente já cumpre o seu papel e o da súmula.

Por fim, entender que segundo Marinoni (2016) o entendimento da obrigatoriedade dos precedentes das cortes superiores está na atribuição constitucional da função de cuidar da unidade do direito brasileiro e não pelas hipóteses elencadas no artigo 927. Para o autor esse artigo é exemplificativo, além de que as súmulas devem ser respeitadas, mas não se configuram como

precedente, as decisões do controle concentrado e dos julgamentos dos recursos repetitivos extraordinários e especiais são espécies das quais precedentes é gênero e os incidentes devem ser observados pela sua natureza *erga omnes* não como precedentes.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou confrontar as teorias que defendem o sistema de precedentes vinculantes no Brasil, preocupado com a coerência, a segurança jurídica e a isonomia nas decisões judiciais, em contrapartida as teses contrárias aos precedentes por parte da doutrina preocupada com a independência judicial e a liberdade de convencimento dos juízes estarem ameaçados pela instituição desse sistema. No entanto, a tentativa é de demonstrar a compatibilização dos precedentes com a independência judicial se a compreensão correta do papel de cada um deles for estabelecida.

Pressuposto dessa discussão, que não é das mais simples, era necessário estabelecer, conceituações, classificações e diferenciações na busca de entender a aproximação da tradição do *common law* e *civil law*.

No primeiro capítulo, buscou-se compreender a mudança de paradigma que possibilitou a instituição do sistema de precedentes no Brasil. Dentre outros acontecimentos destacamos os principais e marcantes como a quebra de paradigmas no direito, desde o rompimento com a moral racional individual, passando por um momento em que o direito passa a ser regras gerais e abstratas, que devem ser aplicadas sem a realização de interpretações, até o momento que começamos a nos preocupar com a possibilidade de se interpretar o direito, de realizar a conformação das leis a constituição e mais ainda a interpretação advém não só do Estado mas de vários interpretes, inclusive o cidadão. Tratamos das mudanças constitucionais no direito brasileiro, influenciado pelas quebras de paradigmas no direito, que estabeleceu com a constituição de 1988 um Estado democrático de direito preocupado em tutelar efetivamente os direitos fundamentais. Buscamos entender ainda nesse capítulo que o neoconstitucionalismo a qual nos referimos influenciou diretamente o modelo de jurisdição que tínhamos, transformando-a em uma jurisdição mais democrática. Por fim buscamos compreender o reconhecimento no Brasil da função política do poder judiciário, o que ressignificou o papel dos tribunais e cortes na aplicação do direito e na efetivação de direitos fundamentais.

Foi possível concluir que a junção dos fatores supracitados em concomitância com a recepção do direito americano que foi tratado no segundo capítulo resultaram na abertura da estrutura brasileira a instituir um sistema de precedentes no Brasil, que hoje se encontra

regulamentado no novo código de processo civil.

No segundo capítulo buscamos compreender a recepção da tradição do *common law* no Brasil e pudemos concluir que o *judicial review* foi de fato introduzido no Brasil na constituição de 1891 e se desenvolveu nas demais constituições até a atual constituição de 1988, formando um sistema híbrido que apesar de ter influência do *common law* na ordem constitucional as legislações infraconstitucionais sofreram influência da tradição romano-germânica.

Desenvolvemos também no segundo capítulo as conceituações, classificações e diferenciações necessárias a compreensão da discussão que fora travada no terceiro capítulo.

Durante todo o trabalho foram realizadas comparações aos demais sistemas de precedentes e da tradição do *common law*, elemento necessário para a percepção da estruturação que tomou esse sistema no Brasil.

No terceiro capítulo, tratamos da independência judicial frente a instituição dos precedentes no Brasil. A doutrina brasileira tem se dividido mesmo antes do código de processo civil de 2015, sobre a aplicabilidade dos precedentes nos moldes do *stare decisis* no direito brasileiro que é fortemente legislativo. Sabe-se, pois já foi explanado no segundo capítulo, que a recepção do direito americano no país vem de longas datas, mas a preocupação com a independência judicial tomou maiores contornos pela opção legislativa de normatizar os precedentes obrigatórios no Brasil.

Parcela da doutrina brasileira critica os precedentes por entender que os julgadores têm plena liberdade de julgamento, limitados apenas pela tradição, pela própria hermenêutica e pelos limites constitucionais, ou seja, que não se admite a obrigatoriedade de observância pelos tribunais inferiores aos delineamentos interpretativos realizados por Cortes Superiores.

A questão está em torno de uma possível “competência” dos tribunais superiores para determinar entendimentos obrigatórios, no entanto foi demonstrado ao longo do capítulo que as Cortes Superiores são constitucionalmente definidas como cortes de interpretação no Brasil para definir os entendimentos constitucionais e infraconstitucionais o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.

As mesmas Cortes Superiores que definem o entendimento das leis no Brasil será as

Cortes que formulam os precedentes pela determinação legal do código de processo civil. Ora, no direito americano inclusive se entende que as cortes de precedentes são cortes superiores, é delas a legitimidade. Sobretudo é uma questão de estruturação, pois imaginemos que se pensarmos nos precedentes como um sistema que possibilita a unidade do direito, não seria cabível que cada região ou localidade tivesse um entendimento sobre determinada questão jurídica, e só é possível as cortes que tem atividade nacional definir esses entendimentos generalizantes.

Ademais, pudemos perceber que sobre a exclusividade de cortes superiores para determinar interpretações obrigatórias, tal afirmação se aplica a questões que sejam decididas nessas cortes, porque em respeito a coerência, o direito local também deve obediência aos entendimentos dos tribunais estaduais e federais regionais. O que se mostra impensável é um direito que muda a depender de qual vara o processo “cai” por distribuição.

Percebe-se de plano que a parcela da doutrina preocupada com a possível perda do poder decisório dos juízes pela criação de *ratio decidendi* que explana o entendimento das Cortes Superiores a partir do caso concreto, se encontra equivocada em torno do papel dos julgadores no Estado democrático de direito.

Para o melhor entendimento, foi raciocinado a cerca da independência judicial nas suas acepções internas, externas e psicológicas pensadas por Sampaio. Ainda nas premissas iniciais que fomentam o pensamento da independência judicial foi necessário compreender os contornos do livre convencimento motivado que encabeça a ideia de que a interpretação das provas no direito brasileiro permite aos julgadores o convencimento que achar melhor no caso. Sabemos, no entanto, que os limites constitucionais não permite mais uma larga liberdade decisória que se pautar no livre convencimento do juiz, é imprescindível a conformação aos preceitos constitucionais.

A própria teoria crítica do Brasil não reconhece legitimidade ao juiz *Solipsista* que reconhece nas suas verdades e experiências pessoais verdades gerais, aplicáveis aos casos que julgar. Nos sabemos que os casos concretos guardam especificidades próprias, inclusive por isso os precedentes partem de casos concretos e não de teses “soltas” sobre o ordenamento jurídico.

O ponto de intersecção do primeiro e terceiro capítulo se encontra justamente na tomada

de consciência que a atividade jurisdicional existe para a realização dos direitos fundamentais e não mais para que os julgadores exerçam suas vontades. Os julgadores estão a serviço da jurisdição e não o contrário. Importante é ressaltar que a ilustre atividade judicial não perde a relevância pela instituição dos precedentes no Brasil.

As teorias interpretativas devem andar de mãos dadas com a coerência do sistema judicial, pois foram muitos os anos e muitas as discussões travadas para que pensássemos na aplicação do direito de forma igualitária, para que a própria estruturação do sistema judicial justificasse o retorno da aplicação distinta de direitos iguais em casos iguais para a defesa da independência judicial.

A compreensão chave para resolver os equívocos tanto da doutrina que vê no sistema de precedentes uma ameaça a independência judicial, como para aqueles que compreendem de maneira errônea na dinâmica dos precedentes é a compreensão trazida no presente trabalho por meio de Marinoni de que o respeito aos precedentes provém do judiciário e não dos julgadores. Partindo dessa premissa se encerra a discussão sobre a não legitimidade das Cortes para criar os precedentes, pois elas também devem obediência àquele e se esclarece a lógica de que o próprio judiciário deve respeito aos seus julgamentos passados, até que devam ser superados.

Ainda no tópico 4.2 a discussão sobre a suposta impossibilidade interpretativa dos julgadores encontra contrariedade ao instituto do *distinguishing*, pois no entendimento do presente trabalho, a imposição de que na aplicação dos precedentes as cortes inferiores devem realizar a distinção do caso concreto em julgamento em relação ao precedente remonta a duas conclusões principais. Primeiro que esse instituto impossibilita o julgador de aplicar a casos distintos a mesma interpretação, o que geraria injustiças, pois o *distinguishing* como foi explanado no trabalho, possibilita a diferenciação fatídica e da *ratio decidendi* se for o caso.

Entende o presente trabalho que essa atividade de distinção realizada pelo julgador é uma realização da hermenêutica que teria sido impossibilitada pelo sistema de precedentes. No direito comparado podemos perceber que essa atividade é a principal preocupação nos tribunais, ou seja, que tanto os julgadores como as partes e seus advogados se preocupam em fazer a distinção ou a conformação do caso concreto ao precedente.

A orientação é no sentido de que os juízes devem realizar o *distinguishing* com prudência e com critérios bem definidos, pois esse instituto também não serve para a inaplicabilidade do precedente, a não aplicação do precedente com base no instituto supracitado deve estar fundamentada de maneira coerente.

Por fim, o ponto 4.3 do trabalho se preocupa com a normatização dos precedentes no Brasil pelo atual código de processo civil. Acreditamos ser compatível sim o *common law* e o *stare decisis* com o sistema judicial pautado na legalidade que temos, o que entendemos que precisa ser repensado e a maneira como foram regulamentados os precedentes obrigatórios no artigo 927 do código mencionado, inclusive porque temos um único artigo propriamente instituindo todo um sistema, bem como porque as figuras que estão lá elencadas por mais que tenham natureza obrigatória não são precedentes nos moldes do direito comparado. Pensemos que foi instituído um sistema de precedentes no Brasil, mas nele foi tratado de diversas figuras, mas não dos precedentes em si.

A escolha pela presente discussão neste trabalho se explica pelo reconhecimento de que a criação de um sistema de precedentes no Brasil é necessária e precisava ser pensada levando em conta as particularidades da formação jurídica histórica, mas também deve respeito as premissas elementares do sistema ao qual nos espelhamos sob pena de termos outro sistema ineficaz no Brasil. Foi explanado de maneira sintética o entendimento de alguns pensadores que favoráveis aos precedentes mas preocupados com a atual regulamentação.

Podemos concluir pela possibilidade de compatibilizar o sistema de precedentes com a independência judicial, que é condição necessária aos julgadores para exercer com mérito sua atividade jurisdicional. Para isso é preciso que reconheçamos a competência das cortes superiores em criar os precedentes e a prudência dos julgadores na aplicação desses precedentes, entendendo ser o *distinguishing* o ponto chave que possibilita a independência judicial ao mesmo tempo que garante a coerência do direito.

Acredita-se por fim que frente a regulamentação insuficiente dos precedentes no sistema brasileiro é necessário que o legislador explicita melhor esse sistema por meio de uma nova normatização mais específica, não se trata de criar institutos ou novas regras, mas de explicitar o *stare decisis* de maneira que fique claro as suas regras aplicáveis no nosso sistema. Ainda o papel

da doutrina em compreender e explicitar que as decisões dos tribunais superiores já são obrigatórias no nosso sistema, mesmo que não elencadas no artigo 927, pois são essas decisões advindas dos casos concretos os precedentes de fato no Brasil. É esse o intuito do presente trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filósofos do Novo Direito Constitucional brasileiro**, Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>> Acesso em: 13 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 29 de Setembro de 2017.

CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. **O feito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal**. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). Processo civil em movimento. Florianópolis: Conceito, 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Notícia do Direito Brasileiro. Nova série nº 6. Brasília: Ed. UnB, jul.-dez. de 1998, p. 233-250.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **É possível a construção de uma hermenêutica constitucional emancipadora na pós-modernidade?** Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI, v. 13, n. 53, p. 7-19, out./dez. 2005. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/18616>>. Acesso em: 15 set. 2017.

DANTAS, Adriano Mesquita; FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Independência judicial versus poder disciplinar**. Revista Magister de Direito do Trabalho, Porto Alegre, v. 9, n. 49, p.47-55, Jul./Ago. De 2012.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**/ Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira- 10. ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

FACCHINI NETO, Eugênio. **O Poder Judiciário e sua independência: uma abordagem de direito comparado**. Direitos Fundamentais & Justiça, n. 8, p.121-149, Jul./Set. 2009.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**/Toni M. Fine; tradução Eduardo Saldanha; revisão técnica Eduardo Appio.-São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Súmulas vinculantes e independência judicial**. Revista dos Tribunais, n.739, p.11-42, maio de 1997.

HÄBERLE, Peter, **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para a interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição,

tradução Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUREK, Douglas. **O respeito aos Precedentes e a Independência Judicial: Condições de Convivência à Luz da Hermenêutica**. Florianópolis-SC: 2014. 112 pág. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/122337>> Acesso em: 05 de Julho de 2017.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Considerações sobre a influência dos valores e direitos fundamentais no âmbito da teoria processual**. *Sequência (Florianópolis)*[online]. 2014, n.69, pp.301-325. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2014v35n69p301>> Acesso em: 12 de Ago de 2017.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**/Luiz Guilherme Marinoni.--5. ed.-- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MATHIAS, Carlos Fernando. **Notas para uma história do Judiciário no Brasil**. Brasília:Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Função social do processo**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7,n. 58, 1ago.2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3198>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

RAMOS, Dirceo Torrecillas. **Politização do Judiciário e a judicialização da política: a reforma do Judiciário: Questão de estrutura ou de processo?** *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 33, p. 68-78, out./dez. 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz.; ABBOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____, **Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes III**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>> Acesso em: 10 de maio de 2017.

TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

THAMAY, Rennan Faria. **A Hermenêutica Como Forma de Superação da Crise do Direito Processual Civil. Temas atuais de processo civil**, V.1. N. 6 -Dezembro de 2011. Disponível em< <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/167-a-hermeneutica-como-forma-de-superacao-da-crise-do-direito-processual-civil> > Acesso em: 10 de Jul de 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: ED. RT, 2004.

_____, **A causa petendi no processo civil**. 2 ed. São Paulo: RT, 2001.

VILANOVA, Lourival. **A Dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal**. Revista de direito público/ Universidade de São Paulo, Instituto de Direito Público. 1981,v. 38, n. 157, p. 58–76, jan./mar., 1981. Disponível em: <http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/func=itemglobal&doc_library=SEN01&doc_number=00396780> Acesso em: 23 de Ago de 2017.

ZANETI JR., Hermes. **O valor Vinculante dos Precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**, 3 ed. rev., amp. e atual.- Salvador: JusPODVIM, 2017. 480 p.